1

DaLvShiJiaoNi
DaGuanSi

大律师教你打官司

借贷·担保纠纷案例

在我国历史上，判例作为一种重要的法律形式，曾经发挥了重要的作用。在特定的历史时期，其地位和作用甚至超过了法典。

第2版

戴玉龙 陈国强/策划

我们选择司法实践中一批**典型、疑难案例**，汇集成书，目的就在于此。希望这套案例丛书能够对广大法律工作者和一般读者学习和掌握法律知识、处理法律纠纷、依法维护自身权益，能够有所裨益。



大律师教你打官司丛书

DaLvShiJiaoNiDaGuanSi

★



律师评说的经典案例，百姓身边的法律宝典。



定价：28.00元

DaLvShiJiaoNi
DaGuanSi

大律师教你打官司

★

借贷·担保纠纷案例

戴玉龙 陈国强/策划
何菲菲 编著

中国经济出版社
CHINA ECONOMIC PUBLISHING HOUSE

图书在版编目（CIP）数据

借贷·担保纠纷案例/何菲菲编著．－2版

北京：中国经济出版社，2013.1

ISBN 978－7－5136－1882－3

Ⅰ.①借… Ⅱ.何… Ⅲ.①借贷—经济纠纷—案例—中国②担保—经济纠纷—案例—中国 Ⅳ.①D923.25

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2012）第 219445 号

责任编辑　戴玉龙
责任审读　霍宏涛
责任印制　张江虹
封面设计　大象设计

出版发行　中国经济出版社
印 刷 者　北京市人民文学印刷厂
经 销 者　各地新华书店
开　　本　880mm×1230mm　1/32
印　　张　13.5
字　　数　330 千字
版　　次　2013 年 1 月第 2 版
印　　次　2013 年 1 月第 1 次
书　　号　ISBN 978－7－5136－1882－3/D·503
定　　价　28.00 元

中国经济出版社 **网址** www.economyph.com **社址** 北京市西城区百万庄北街 3 号 **邮编** 100037

本版图书如存在印装质量问题，请与本社发行中心联系调换（联系电话：010－68319116）

第一部分

借贷关系案例

第一部分

借贷关系案例

民间借贷



1. 借款人为未成年人，借款行为是否有效?

【案情】

2002年11月，张应声（15岁）因急事向然雪江借钱，然雪江因与张应声的哥哥关系好，遂将现金250元和从银行取出的1500元现金借给张应声，并约定2个月后还款。借款到期后，然雪江多次向张应声索要借款，张应声均以没有钱为借口久拖不还，然雪江遂向人民法院起诉，要求张应声偿还借款1750元。

【争鸣】

■ 原告然雪江提出，被告向自己借款1750元，事实清楚，被告也不否认这一点，既然约定了两个月，就应当按照约定两个月还款，现在被告张应声违反约定不还款，因此请求法院判决张应声还款1750元。

■ 被告法定监护人提出，张应声将所借款项转借给文景兰，文景兰现在下落不明，故无法还款。张应声是未成年人，其所实施的行为为无效民事行为，因此不应当承担还款责任。



【律师点评】

本案主要涉及两个问题：一是未成年人张应声向然雪江借款的民事行为是否有效；二是该种民事行为所产生的后果应当由谁来承担。

首先，关于未成年人张应声向然雪江借款的民事行为有效与否的

问题，张应声向然雪江借款1750元的行为属于双方之间的借贷民事行为。该民事行为是否有效首先要看张应声是否具有与之相应的行为能力。

我国《民法通则》第12条规定："10周岁以上的未成年人是限制民事行为能力人，可以进行与他的年龄、智力相适应的民事活动；其他民事活动由他的法定代理人代理，或者征得他的法定代理人的同意。不满10周岁的未成年人是无民事行为能力人，由他的法定代理人代理民事活动。"根据该规定，10周岁以上的未成年人为限制民事行为能力人，只能进行与其年龄、智力相适应的民事活动，也即限制民事行为能力人只能实施一些与本人生活相关、本人的智力能够理解并能预见其行为的后果或者行为标的数额不大的民事行为。如果实施其他民事行为，应当由其法定代理人代理，或者征得其法定代理人的同意。

张应声实施借贷行为时不满18周岁，属于限制民事行为能力人，他向然雪江借款之后转手又借给了文景兰，显然与其生活无关，而且依照张应声当时的年龄、智力状况，并不能真正理解这种行为，也不能预见该行为可能发生的后果。可见，张应声实施的借贷行为与其行为能力不相适应，是限制民事行为能力人依法不能独立实施的民事行为。

我国《民法通则》第58条规定："下列民事行为无效：（一）无民事行为能力人实施的；（二）限制民事行为能力人依法不能独立实施的；（三）一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下所为的；（四）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的；（五）违反法律或者社会公共利益的；（六）经济合同违反国家指令性计划的；（七）以合法形式掩盖非法目的的。无效的民事行为，从行为开始起就没有法律约束力。"根据上述规定，限制民事行为能力人实施其依法不能独立实施的民事行为，又未经法定代

理人追认的，应当认定为无效法律行为，依法不发生法律效力。

其次，关于该种民事行为所产生的后果由谁来承担的问题。无效民事行为从行为开始就没有法律约束力。《民法通则》第61条规定："民事行为被确认为无效或者被撤销后，当事人因该行为取得的财产，应当返还给受损失的一方。有过错的一方应当赔偿对方因此所受的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。双方恶意串通，实施民事行为损害国家的、集体的或者第三人的利益的，应当追缴双方取得的财产，收归国家、集体所有或者返还第三人。"根据该规定，民事行为被确认无效后，财产原来是谁的就应当返还给谁。返还的情况应当视双方过错的情况而定。

本案张应声应该将其因无效借贷行为取得的款项返还给原告然雪江，同时，原告然雪江明知被告为未成年人，还将钱借给被告，也存在过错，因此原告也应当对其损失1750元承担一定的责任。

2. 明知借款人借款用于非法活动，借贷关系能得到法律保护吗?

【案情】

卫东自2002年开始做生意，在商场打拼了五年，生意越做越顺畅，赚了几百万元。2007年12月3日，从小一起玩到大的同学曹伟俊来找他，提出向他借款30万元。卫东问曹伟俊借钱准备投资什么项目，曹伟俊说要开一家赌博游戏室，卫东认为开赌博游戏室虽然赚钱但风险也大，所以不同意借钱给曹伟俊。但曹伟俊不依不饶，先后几次找他要求借钱，并承诺不论发生任何事，都不会影响到债务偿还的履行。在曹伟俊的软磨硬泡之下，卫东还是把钱借给了曹伟俊。曹伟俊给卫东出具了借条，并注明一切责任由曹伟俊本人承担。结果，曹伟俊的游戏室开业还不到两个月，便被公安机关查封，曹伟俊也因此被罚款和拘留。卫东见曹伟俊开赌博游戏室非但没有赚到钱，反而落到如此下场，担心自己的借款收不回来，便多次找曹伟俊要债，曹伟俊每一次都说暂时无力偿还，让他宽限一段时间。在多次索要无果的情况下，卫东把曹伟俊告上了法庭，要求曹伟俊还款或者以财产抵偿债务。

【争鸣】

■ 原告卫东提出，曹伟俊向其借款有借条为证，双方之间的借贷关系应当受到法律保护，曹伟俊应当偿还30万元借款。

■ 被告曹伟俊的代理人提出，曹伟俊向卫东借款时，卫东明知

曹伟俊要将借款用于开一家赌博游戏室还把钱借给曹伟俊，根据相关法律规定，双方之间的借贷关系不受法律保护。



【律师点评】

本案中，卫东借给曹伟俊30万元，并且有借条为证，按照一般情况来讲，双方之间的借贷关系依法成立，曹伟俊应当偿还卫东30万元借款。但是，本案中有一个特殊情况，那就是借钱时，卫东就知道曹伟俊要用借款去开一个赌博游戏室，也就是用于非法活动，但卫东依然选择把钱借给曹伟俊。

现实中，很多人都存在一个认识上的误区，即认为借款的用途不会对借贷关系及还款产生影响。换句话说，不论借款人借钱是用于正当经商做生意还是非法活动，出借人都可以向其主张债权，因为“欠债还钱”是天经地义的事。其实，这种观念是不正确的。

最高人民法院《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第11条规定：“出借人明知借款人是为了进行非法活动而借款的，其借贷关系不予保护。对双方的违法借贷行为，可按照民法通则第134条第3款及《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第163条、第164条的规定予以制裁。”最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第163条规定：“在诉讼中发现与本案有关的违法行为需要给予制裁的，可适用民法通则第一百三十四条第三款规定，予以训诫、责令具结悔过、收缴进行非法活动的财物和非法所得，或者依照法律规定处以罚款、拘留。采用收缴、罚款、拘留制裁措施，必须经院长批准，另行制作民事制裁决定书。被制裁人对决定不服的，在收到决定书的次日起10日内向上一级人民法院申请复议一次。复议期间，决定暂

不执行。”第164条规定：“适用民法通则第一百三十四条第三款对公民处以罚款的数额为500元以下，拘留为15日以下。依法对法定代表人处以拘留制裁措施，为15日以下。以上两款，法律另有规定的除外。”

也就是说，根据上述法律规定，在出借人明知借款人是为了进行非法活动的情况下借款的，不但双方的借贷关系不受法律保护，同时，人民法院还可以对出借人、借款人予以训诫、责令具结悔过、收缴进行非法活动的财物和非法所得，并可以依照法律规定处以罚款、拘留。

所以，本案的处理结果应当是卫东与曹伟俊之间的借贷关系无法受到法律保护。

从本案的结果中不难得出一个教训，那就是：债权人在借出款项特别是数额较大款项时，应该弄清楚借款人借款的真实用途，若发现借款人借款用于赌博、嫖娼、贩毒、走私等非法活动，应予坚决拒绝。

3. 约定的还款条件无效是否影响借贷合同的效力?

【案情】

2005年4月1日，包然以申办移民澳洲为由向董建竹借款10万元，并出具借条约定借款人包然到澳洲后1年内还清借款。借款后，包然委托个人贾晶旺协助办理移民澳洲的手续，但直至2006年10月尚未办妥移民签证。董建竹见被告包然一直无法成功移民，遂多次向包然讨要借款10万元。在索要未果的情况下，董建竹一纸诉状将包然告上法庭，要求偿还借款本金10万元及利息。

【争鸣】

■原告董建竹的代理人提出，借条上约定的还款条件为“借款人到澳洲后一年内还清”，这属于附条件的民事行为，但被告包然根本不具备移民澳洲的条件，因此所附条件无效。但是该条件无效并不影响整个借款合同的效力，被告应当依法偿还借款本金和利息。

■被告包然提出，其出具的借条上注明“借款人到澳洲后一年内还清”，并且其一直在办理往澳洲的移民手续，还款期限未到，其不必偿还借款10万元。如果按照原告代理人的意思主张还款条件无效，则其出具的借条也无效，其同样不应当承担还款责任。



【律师点评】

《中华人民共和国民法通则》第62规定：“民事法律行为可以附条件……”最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通

则〉若干问题的意见（试行）》第75条规定："附条件的民事行为，如果所附的条件是违背法律规定或者不可能发生的，应当认定该民事行为无效。"

首先，本案中，原、被告双方在借条中约定"借款人到澳洲后一年内还清"，该约定是附条件还是附期限的民事行为？附条件和附期限的区别在于：条件具有或然性，存在是否能够实现的问题；期限具有确定性，不存在能否实现的问题。根据上述区别，"借款人到澳洲后一年内还清"的约定属于附条件而非附期限的民事行为，原因在于借款人能否到澳洲具有不确定性，这是附条件民事行为的鲜明特征。

其次，被告以申办移民澳洲为由向原告借款并出具借条，系双方的真实意思表示，借贷关系合法有效。借条上的还款约定"借款人到澳洲后一年内还清"属附条件的民事行为，但因被告未能提供其具备移民澳洲的条件并正在申办移民签证的证据，因此所附的条件系根本不可能发生的事。根据上述最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第75条的规定，原、被告约定的还款条件应认定为无效。

最后，原、被告双方约定的还款条件无效并不影响原告与被告之间借贷关系的效力。双方当事人主体合格，他们之间的借贷关系是各自真实的意思表示，且内容合法，根据《中华人民共和国民法通则》第60条之规定，民事行为部分无效，不影响其他部分的效力。其他部分仍然有效。在借贷合同有效的情况下，被告应当偿还原告借款10万元及相应利息。

4. 被胁迫写下欠条，借贷关系有效吗?

【案情】

金湖机械模具厂因长期亏损、资金缺乏，正常运转受到严重影响，于是决定向其内部职工借款，并规定每个职工必须借给厂里3万元，否则就下岗回家。金湖机械模具厂承诺待企业效益好转后如数退还借款。大多数职工迫于下岗的压力，不得不东借西凑借给工厂。金湖机械模具厂与职工签订了借款合同。两年之后，该厂的经营状况未见好转，连工人的基本工资都无法保证按时发放，更不用提向职工返回借款。职工们见厂里根本没有还钱的意思，遂共同将金湖机械模具厂告上法庭，要求法院认定厂里和职工签订的借款合同无效，厂里应当返还借款及在此期间的利息。

【争鸣】

■原告金湖机械模具厂职工的代理人提出，金湖机械模具厂向职工借款时，采取了胁迫的手段即威胁不借款就要下岗，职工在无奈之下被迫签订了借款合同。借款合同应当无效，厂里应当返还借款并支付相应利息。

■被告金湖机械模具厂的代理人提出，金湖机械模具厂向职工借款是因为厂里效益不好，双方签订的借款合同合法、有效，应当受到法律保护。双方约定厂里经济效益好转后还款，现在厂里经济效益没有好转，职工不应当要求还款。



【律师点评】

本案中，金湖机械模具厂与职工之间的借贷行为属无效的借款行为。

《中华人民共和国民法通则》第58条规定："下列民事行为无效："……（三）一方以欺诈、胁迫的手段或乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下所为的……无效的民事行为，从行为开始起就没有法律约束力。"最高人民法院《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第10条规定："一方以欺诈、胁迫等手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下形成的借款关系，应认定为无效。借贷关系无效由债权人的行为引起的，只返还本金；借贷关系无效由债务人的行为引起的，除返还本金外，还应参照银行同类贷款利率给付利息。"

本案中，涉及胁迫的问题。所谓胁迫，是向对方当事人表示施加危害，使其发生恐惧，并且基于此种恐惧而为一定意思表示的行为。一般认为，胁迫应具备以下五个条件：

一、胁迫人有胁迫的故意。所谓胁迫的故意，一是有使受胁迫人发生恐惧的意思，二是有使受胁迫人因恐惧而为意思表示的意思。本案中，金湖机械模具厂为达到其借款的目的，故意用下岗相威胁，厂里明白这可以使职工产生恐惧心理，而不得不想方设法为其集资。

二、胁迫人有胁迫行为。所谓胁迫行为，是胁迫人对于受胁迫人表示施加危害的行为。本案中，金湖机械模具厂规定的不借给企业钱就下岗的这一行为正是胁迫行为的表现。

三、受胁迫人因胁迫而发生恐惧，即受胁迫人意识到自己或亲友的某种利益将蒙受较大损害而产生恐惧的心理。本案中，很显然如果职工不交钱便丢工作，这无疑使职工产生一定的心理恐惧。

四、受胁迫人因恐惧而为一定的行为。就是说，恐惧和意思表示之间有因果关系。本案中，职工最终同意借款给厂里只是由于害怕下岗而为的行为，并非其真实的意思表示。

五、胁迫人所表示的施加危害属于违法或不当。本案中，金湖机械模具厂为了达到借款的目的，以下岗相威胁显属违法行为。

因此，根据上述法律规定和对金湖机械模具厂在借款过程中实施行为的分析，可以认定金湖机械模具厂在借款过程中存在胁迫行为，双方因此签订的借款合同无效，同时该借款合同的无效是由债务人金湖机械模具厂的行为引起的，因此厂里除返还借款本金外，还应当参照银行同类贷款利率向职工给付利息。

5. 夫妻间“借款打欠条”是否成立借贷关系?

【案情】

刘华庭与付蕊原系夫妻。因感情破裂，二人于2006年11月经法院判决离婚，并对子女抚养、财产分割（包括夫妻共同财产及婚前个人财产）做出判决，且判决已经生效。但在二人婚姻关系存续期间，刘华庭向付蕊借款3.5万元，并给付蕊出具了借条，借条上的时间为2005年2月13日。离婚后，付蕊持借条多次向刘华庭讨要欠款，但刘华庭对此拒不承认。无奈之下，付蕊只好向当地人民法院提起诉讼，要求刘华庭偿还欠款3.5万元。

【争鸣】

■ 原告付蕊提出，被告刘华庭于2005年2月13日向其借款3.5万元，并出具了借条，因此被告应当依法偿还原告借款3.5万元。

■ 被告刘华庭提出，其从未向付蕊借款，至于欠条可能是在其醉酒的情况下所为。审理中，刘华庭对欠条的真实性存有疑问，但拒绝委托有关部门鉴定。



【律师点评】

本案中，刘华庭向付蕊借款的时间为2005年2月13日，是在双方婚姻关系存续期间。《中华人民共和国婚姻法》第19条规定：“夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、

共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式……”根据上述规定，刘华庭与付蕊之间借款的行为应认定为是双方对部分财产的特别约定，在双方之间形成了明确的债的权利义务关系。现双方夫妻关系已经被依法解除，付蕊向刘华庭主张债权，并无不当。

刘华庭对付蕊向法院提交的欠条的真伪持有疑虑，可以申请有关部门予以鉴定，但其拒绝鉴定，且陈述欠条可能是其醉酒时所为，并无相应证据支持，所以法院对刘华庭的主张不予支持。

从本案可以得到一个启示：夫妻间“借款打欠条”有的可能是开玩笑，有的则可能是认真的，但无论哪种情况，当他们之间发生严重分歧甚至离婚的时候，这个借款纠纷就要靠法律途径来解决。夫妻间借款是法律所允许的。如果夫妻间借款事实被认定，就要受到法律保护。因此，夫妻间“借款打欠条”也应慎重。

6. 丈夫因工作关系向所在单位借款，借款应当由谁来偿还?

【案情】

谢岗（男）与李冰（女）于2000年结婚。婚后，李冰在家操持家务，谢岗在项岩机器设备厂做业务员，常年在外跑业务。家中的经济来源完全依赖谢岗的工资。由于谢岗常年在外，夫妻二人聚少离多，感情淡漠，加之李冰在与谢岗的父母共同生活的过程中，经常因生活琐事发生矛盾，两人也为此多次发生争吵，导致夫妻关系恶化。2003年1月，二人经过协商决定结束婚姻关系。但在协商分割财产的过程中，谢岗提出，婚后为跑业务曾向所在单位借款10000元，至今尚未偿还。该项债务应由李冰与其共同承担。李冰认为，该项债务属于谢岗的个人债务，应由其本人偿还，自己不应承担。两人因此发生争执，诉至人民法院。

【争鸣】

■ 谢岗的代理人提出，谢岗向单位借款的行为发生在谢岗与李冰婚姻关系存续期间，而且谢岗借款跑业务也是为了保证其收入，鉴于李冰没有收入来源，谢岗将其全部工资收入都用于家庭生活，所以谢岗向单位借款所负债务，应当属于夫妻共同债务，理应由夫妻双方共同承担。

■ 李冰提出，谢岗向单位借钱所负债务是谢岗的个人债务，应由谢岗自己偿还，与自己无关。



【律师点评】

《婚姻法》第41条规定：“离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还……”

何谓为夫妻共同生活所负的债务？所谓为夫妻共同生活所负的债务，是指婚姻关系存续期间，夫妻双方或一方为维持共同生活的需要或处于共同生活的目的所负的债务。

为夫妻共同生活所负的债务有以下三个构成要件：（一）这些债务是为维持共同生活的需要或出于共同生活的目的所负的，包括抚养子女、赡养老人、医疗疾病、建造房屋、购置家用物品等所负的债务，也包括在婚姻关系存续期间，一方或双方为共同生活的目的或出于共同生活的需要，从事经营活动所负的债务。如果一方或双方不是为维持共同生活的需要或出于共同生活的目的所负的债务则应为个人债务，应由个人承担；（二）这种债务是连带之债。由于在婚姻关系存续期间取得的财产为夫妻双方共同所有，除双方另有约定之外，对于共同所有的财产，夫妻双方有平等的处理权。这种对财产共同所有的关系和平等的处理权，决定了夫妻对共同债务不分份额地平等地承担偿还义务。债务人有权要求夫妻任何一方清偿全部债务。夫妻一方单独所负的债务，是指夫妻一方在婚前所负的债务或在婚姻关系存续期间为了满足自己生产经营的需要和个人生活的需要所负的债务；（三）这些债务是在婚姻关系存续期间所负的。

按照《婚姻法》和有关司法解释的规定，为夫妻共同生活所负债务具体包括：夫妻为共同生活或履行抚养或赡养义务等所负的债务；婚前一方借款购置的房屋、家用物品等财产，在婚后已经转化成夫妻共同财产所负的债务；个体工商户、农村承包经营户、夫妻双方共同经营所负的债务，以及一方从事经营，其收入主要用于维持共同

生活所负的债务；在婚姻关系存续期间，一方因分家析产所分得的债务；在夫妻双方分居期间，缺乏劳动能力或缺少生活来源的一方，为了维持分居期间个人生活必需所负的债务；夫妻一方受另一方虐待，无法共同生活而离家出走，出走方为满足日常生活需要以及治疗疾病、扶养子女所负的债务。夫妻一方单独所负的债务具体包括：夫妻双方约定由个人承担的债务，但以逃避债务为目的的除外；一方未经对方同意，独自筹资进行经营活动，其收入确未用于共同生活所负的债务；一方因个人实施的违法行为所负的债务；一方为满足私欲而挥霍所负的债务；婚姻关系存续期间，夫妻双方因关系恶化而分居生活，一方从事经营活动所负的债务，其收入也未用于家庭共同生活的。夫妻一方单独所负的债务应当由本人偿还。

最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第24条规定："债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外。"我国《婚姻法》第19条规定："夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或约定不明确的，适用本法第十七条、第十八条的规定。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的，夫或妻一方对外所负的债务，第三人知道该约定的，以夫或妻一方所有的财产清偿。"

本案的焦点就是谢岗为外出跑业务向单位借款所负的债务的性质是夫妻共同债务还是个人债务。判断该债务的性质的关键是看其是否为夫妻共同生活的需要所负的债务，不能仅以该债务是谁经手或出面的表面现象来判断。谢岗与李冰结婚后，谢岗在项岩机器设备厂做业

务员，李冰没有工作，在家操持家务，谢岗的劳动收入用于维持夫妻和家庭的共同生活。谢岗在工作期间，为工作的需要向所在单位借款所负的债务是在婚姻关系存续期间发生的，属于为夫妻共同生活所负的债务，应当由夫妻共同偿还。



7. 民间借贷中计算复利合法吗?

【案情】

2004年2月8日，李明明向王忠文借款6000元，约定月利率2%。至2005年2月8日，李明明未能归还借款，经双方结算确认，李明明重新出具了一张金额为7400元的借条，约定月利率为2%，并收回原来的借条。同日，李明明又向王忠文借款6000元，月利率也是2%。后因李明明一直未能归还借款，故双方每年结算一次，将利息计入本金计算复利（2000年起，月利率改为1%），并由李明明重新出具借条。2004年2月，李明明向王忠文出具了金额为30781.36元的借条一张，月利率为1%。2006年11月，王忠文向法院起诉，要求李明明归还借款本息合计44632.36元。

【争鸣】

■ 原告王忠文提出，李明明向其借款的事实清楚，有借条为证，李明明应当依法归还本金及利息。

■ 被告李明明提出，其确实是向王忠文借钱了，但是实际借款本金应当为12000元，而不是原告王忠文认为的30781.36元，原告提出30781.36作为本金是计算复利的结果，而计算复利违反法律规定，应属无效，故对复利部分不予认可。



【律师点评】

本案中主要涉及的问题是民间借贷合同中约定复利的问题。所谓民间借贷合同，是指贷款人是自然人，借款人是非金融机构的法人、其他组织、自然人的借款合同。民间借贷中的贷款人主体只能是自然人，而借款主体可以是自然人、法人和其他组织。在现实生活中，除了自然人之间的借款关系外，还有自然人和法人、自然人和其他组织之间的借款关系，这些借款关系在实践中统称为民间借贷关系。民间借贷这种融资方式对社会经济的发展起到了一定的促进作用，弥补了国家金融信贷资金的不足，对信贷资金投向起到了拾遗补缺的作用。

对于民间借款合同的利息问题，我国《合同法》第211条明确规定："自然人之间的借款合同对支付利息没有约定或者约定不明确的，视为不支付利息。自然人之间的借款合同约定支付利息的，借款的利率不得违反国家有关限制借款利率的规定。"上述规定体现了以下几个原则：

第一，无息推定原则，即对当事人在借款合同中对利息没有约定或约定不明确的，应当推定确认借款人不必向贷款人支付借款利息。

第二，合理利率原则。《合同法》第211条规定的利率"不得违反国家有关限制借款利率的规定"是对最高人民法院颁布的相关司法解释的确认。最高人民法院《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第6条规定："民间借贷的利率可以适当高于银行的利率，各地人民法院可根据本地区的实际情况具体掌握，但最高不得超过银行同类贷款利率的四倍（包含利率本数）。超出此限度的，超出部分的利息不予保护。"从上述规定可以看出，法律对于利息的支持仅限于合理利率的利息，对于当事人之间约定的过高利息，法律是不予保护的。

第三，适当保护复利原则。在过去很长一段时间内，一直的做法是自然人之间的借款不得规定复利，规定复利的，复利部分无效。如最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第125条规定："公民之间的借贷，出借人将利息计入本金计算复利的，不予保护；在借款时将利息扣除的，应当按实际出借款数计息。"但是，这种认为复利绝对无效的情况在最高人民法院出台《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》时得到了改变，其第7条明确规定："出借人不得将利息计入本金谋取高利。审理中发现债权人将利息计入本金计算复利的，其利率超出第六条规定的限度时，超出部分的利息不予保护。"这说明，法律对公民之间借贷的复利问题从完全不保护过渡到适当保护。

本案的主要争议焦点是复利是否受法律保护。根据上述规定，如果计算复利的利率超过银行同期同类贷款利率的4倍，则该复利属于谋取高利的范畴，超过部分法律不予保护，反之则应当予以保护。由于本案中计算复利的利率并未超过银行同期同类贷款利率的4倍，且李明明向王忠文出具借条是在双方合意的基础上的，应视为其真实意思表示，故原告的诉讼请求符合法律规定，应予支持。

值得注意的是，很多人对借贷中计算复利的问题存有误解，认为只要在借贷中约定计算复利就是不合法的，如本案的被告李明明，但是根据上述法律规定，只要约定的复利不超过银行同类贷款利率的4倍就是合法的，能够得到法院支持。

8. 无息借款中，债权人能否主张逾期利息？

【案情】

2006年5月18日，薛忠因经商过程中资金紧张向朋友吴蒙借款7万元，并给吴蒙出具了借条，双方约定了还款期限为2006年11月18日，但没有约定利息。借款到期后，吴蒙多次要求薛忠归还借款7万元，薛忠找各种理由搪塞、拒不偿还。吴蒙无奈之下诉至法院，要求薛忠偿还借款7万元，并要求薛忠支付逾期还款期间的利息。

【争鸣】

■原告吴蒙的代理人提出，薛忠向自己借款7万元有借条为证，且双方明确约定了还款期限，薛忠应当按照约定的还款期限将7万元还给自己。但至今为止，薛忠没有履行还款义务。根据相关法律规定，自己有权向薛忠主张逾期还款期间的利息。

■被告薛忠提出，自己是向吴蒙借了7万元不假，但是双方并没有约定利息，所以自己不应当承担逾期还款利息。



【律师点评】

本案中，关于吴蒙要求薛忠偿还借款的主张是有法律依据的，应当予以支持。《中华人民共和国合同法》第206条规定："借款人应当按照约定的期限返还借款。……"根据上述规定，吴蒙应当按照约定的期限返还借款。本案中薛忠与吴蒙双方债权债务关系明确，所

以薛忠应当按照约定期限偿还借款7万元。

关于吴蒙要求薛忠支付逾期利息的主张，《中华人民共和国合同法》第207条规定："借款人未按照约定的期限返还借款的，应当按照约定或者国家有关规定支付逾期利息。"最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行)》第123条规定："公民之间的无息借款，有约定偿还期限而借款人不按期偿还，或者未约定偿还期限但经出借人催告后，借款人仍不偿还的，出借人要求借款人偿付逾期利息，应当予以准许。"吴蒙与薛忠在借条中约定了还款期限，薛忠却不按期偿还，根据上述规定，薛忠应支付吴蒙逾期还款的利息。

逾期利息的标准应当如何确定？最高人民法院《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第9条规定："公民之间的定期无息借贷，出借人要求借款人偿付逾期利息，或者不定期无息贷款经催告不还，出借人要求偿付催告后利息的，可参照银行同类贷款的利率计息。"因此，薛忠应当支付给吴蒙自借款到期之日至起诉时按银行同期贷款基准利率计算的逾期利息。

另外，需要注意的是，吴蒙虽然可以得到逾期利息，但是对于借款期间的利息，吴蒙则无权向薛忠主张。《中华人民共和国合同法》第211条规定："自然人之间的借款合同对支付利息没有约定或者约定不明确的，视为不支付利息……"因吴蒙与薛忠并未在借条中约定利息，吴蒙也没有其他证据证实其与薛忠对支付利息进行了约定，故在还款期限内，吴蒙不能要求薛忠给付利息。

9. 贷款方是否可以要求负有连带责任的借款人之一偿还全部借款?

【案情】

2007年10月4日，刘凤山向郑重和借款40000元，而张玉梅与鲁向东亦欠刘凤山装修款20000元。2008年1月7日，经四方协商同意签订《转移债务协议》，约定刘凤山欠郑重和的借款由张玉梅与鲁向东偿还给郑重和，且张玉梅与鲁向东承担连带还款义务。之后，张玉梅又与鲁向东签订协议，约定郑重和的40000元借款全部由鲁向东偿还。2008年3月1日，鲁向东归还郑重和20000元借款，但剩余的20000元一直没有归还，鉴于鲁向东已经归还了20000元，故郑重和起诉仅要求张玉梅偿还剩余的20000元借款。

【争鸣】

■ 原告郑重和提出，被告张玉梅与案外人鲁向东二人在借条中确认向其借款40000元，且承担连带还款义务，鲁向东已经归还了20000元，原告放弃追究鲁向东的责任，而要求被告张玉梅归还剩余的20000元并无不妥，被告张玉梅依法应当偿还剩余的20000元借款。

■ 被告张玉梅提出，40000元是鲁向东和她一起借的，原告只要求她一个人还钱是不合理的，况且她与鲁向东之间已约定，由鲁向东承担全部的还款责任，因此她不应当承担还款责任。



【律师点评】

《中华人民共和国民法通则》第87条规定："债权人或者债务人一方人数为2人以上的，依照法律的规定或者当事人的约定，享有连带权利的每个债权人，都有权要求债务人履行义务；负有连带义务的每个债务人，都负有清偿全部债务的义务，履行了义务的人，有权要求其他负有连带义务的人偿付他应当承担的份额。"

本案中，四方签订的《转移债务协议》中约定：刘凤山欠郑重和的借款由张玉梅与鲁向东偿还给郑重和，且张玉梅与鲁向东承担连带还款义务。根据《中华人民共和国民法通则》第87条的规定，作为债权人的郑重和可以要求债务人张玉梅与鲁向东共同偿还，亦可要求负有连带责任的债务人之一偿还债务的部分或全部。所以，原告郑重和要求负有连带偿还责任的债务人之一的张玉梅清偿余下债务符合上述法律规定，其诉讼请求依法应当得到支持。

另外，虽然被告张玉梅与鲁向东之间另有协议，约定由鲁向东承担全部的还款责任，但是张玉梅与鲁向东对借款如何归还的约定不能对抗债权人即原告郑重和，所以法院对于张玉梅的这种抗辩理由不予支持。

所以，被告张玉梅在本案中应当承担还款义务，但是鉴于其与鲁向东之间另有由鲁向东承担全部还款责任的约定，故被告张玉梅向原告偿还20000元后，可以另行提起诉讼，向鲁向东追讨该20000元。

10. 借款利率约定不明确的，借款人是否还需要支付利息？

【案情】

冯永国经营药品生意，因资金周转出现问题，向朋友郑家龙借款。冯永国向郑家龙出具一张借条，其中载明：借款金额共计 40 万元，2005 年年底还 25 万元，2006 年年底还 15 万元。2005 年年底，冯永国按照借条约定偿还了 25 万元，并向郑家龙支付了一年的利息，利息是按照月利率 12% 计算的。2006 年 10 月，双方因偿还借款问题发生纠纷，郑家龙把冯永国告上法庭，要求冯永国偿还 15 万元的借款并要求按月利率 12% 支付利息。但未就利率问题提供确凿证据。

【争鸣】

■郑家龙提出，冯永国于 2005 年年底偿还了 25 万元，并按照月利率 12% 的标准支付了一年的利息，虽然双方在借条中没有约定月利率为 12%，但是后来约定了月利率为 12% 的行为是双方在实际履行过程中对借款合同进行变更的行为，既然如此，冯永国应当按照约定向其支付相应的利息。

■冯永国提出，双方曾约定借款支付利息和自己已按 12% 的月利率支付了一年的利息，但提出利率是支付利息时临时商定的，双方并没有继续按月利率 12% 支付利息的约定。



【律师点评】

民间借贷实际上就是《合同法》第210条规定的自然人之间的借款合同，《合同法》中的借款合同以调整一方为金融机构的借款关系为主，同时，也对自然人之间的借款合同作出了一定的规定。自然人之间借款的情况在社会生活中广泛存在。自然人之间的借款合同与金融机构作为一方当事人的借款合同有所区别。其中最主要的一点就是自然人之间的借款合同是实践合同。根据《合同法》的规定，该合同仅有双方当事人的合意不能成立，必须要有实际的交付行为，即合同是在贷款人提供借款时生效，无论当事人的合同采取的是口头形式还是书面形式。这样规定主要是因为金融机构为借款人的借款合同一般标的数额较大，订立合同的手续复杂、严格，需要遵守有关法律、行政法规及规章的规定。同时，这类合同往往需要设定担保，作为主合同的借款合同不是仅有意思表示的一致就可以成立。因此，金融机构借款时，贷款人与借款人达成书面协议，借款合同即为成立。自然人之间借款一般都是互助性质的，不支付利息的情况居多，当事人在借款活动中关注的是借款这一事实能否被证明，因而对合同的形式并不注意。很多情况下是一手交钱，另外再写一个简单的借据，形式上比较简单，过程也不那么复杂。即使当事人采用了书面形式，借款人不支付借款的，也不宜要求其必须支付，否则会给借款人增加过重的责任。

利息和利率是两个完全不同的概念。"利息"是债务人向债权人支付的货币报酬，《中华人民共和国合同法》规定的利息是贷款人给予借款人的一种物质鼓励。"利率"是在一定时期内贷款人付给借款人的利息数与存款数的比例。利息与利率的关系为：利息=本金×天数×利率。因此，利息与利率是不同的两个概念，当事人因利率发生

争议，并不必然导致利息约定不明。由于自然人之间的借款多为急用，且多发生在亲友之间，所以，自然人之间的借款合同或者借款合同的主要条款采用口头形式比较普遍。

关于利率和利息，我国法律和司法解释已经有了比较详细的规定，其中，《中华人民共和国合同法》第211条主要着眼于没有约定利息或者利息约定不明确如何处理；最高人民法院《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第6条着眼于民间借贷利率的限制；最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第124条着眼于民间借贷中对利率约定不明的解决方式。

《中华人民共和国合同法》第211条的规定："自然人之间的借款合同对支付利息没有约定或者约定不明确的，视为不支付利息。自然人之间的借款合同约定支付利息的，借款的利率不得违反国家有关限制借款利率的规定。"自然人之间的借款不一定要支付利息，因为许多情况下自然人之间的借款不是出于营利目的，而是出于亲情、友情等情感因素。当然当事人也可以约定支付利息。当事人对利息没有约定或者约定不明确的，视为无息借款，债务人可以不向债权人支付利息。自然人之间借款利率的确定也应当符合国家有关利率限制的规定。对自然人借款利率作出限制，其目的主要是为了防止债权人高利放贷的行为。这些都与向金融机构借款有着很大的不同。一般情况下，向金融机构借款的，债务人都需要根据借款的期限等情况向债权人支付利息。这主要是因为金融机构一般都是营利性的，要通过贷款收取的利息来获利。根据《中华人民共和国合同法》第204条的规定，金融机构借款的利率应当按照中国人民银行规定的贷款利率的上下限确定。

1991年最高人民法院公布的《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》对民间借贷的问题作出了规定，即："民间借贷的利率可以

适当高于银行的利率，各地人民法院可根据本地区的实际情况具体掌握，但最高不得超过银行同类贷款利率的四倍（包含利率本数）。超出此限度的，超出部分的利息不予保护。”该规定明确民间借贷可以适当高于银行的利率，各地人民法院可根据本地区的实际情况具体掌握，但最高不得超过银行同类贷款利率的四倍（包含利率本数）。超过此限度的，超出部分的利息不予保护。近些年来，我国在司法实践中对高利借贷行为的认定也是依据该规定处理的，因此，在没有新规定的情况下，自然人之间借款利率的确定不得违反最高人民法院的有关规定。

由于最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行)》第124条对借款双方因利率发生争议的问题，已经作出了明确的规定，即“借款双方因利率发生争议，如果约定不明，又不能证明的，可以比照银行同类贷款利率计息”。该规定虽然是在合同法施行前制定实施的，但与合同法没有根本的抵触，因而在未废止前，仍应当是有效的。即对自然人之间的借款合同，在当事人约定有利息的前提下，如果双方对借款利率约定不明，又不能证明的，可以比照银行同类贷款利率计息。

本案中，郑家龙认为借款时双方口头约定利息按月利率12%计算，且借款后冯永国已按照月利率12%的标准支付了一年的利息。同时根据冯永国承认已支付了一年的利息的事实，说明借款时双方口头约定冯永国需支付利息。在郑家龙和冯永国已经约定利息的前提下，郑家龙无法举证证明月利率是12%。根据最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行)》第124条的规定，借款双方因利率发生争议的，可以比照银行同类贷款利率计息。因此，本案的处理结果应该是要求冯永国支付利息，利率按照银行同期同类贷款利率计算。

11. 借款人向公证机关提存后，贷款人是否还有权要求借款人还款？

【案情】

庄正业于2001年9月17日向朋友邹均借款3万元，庄正业向邹均出具了借条，约定借款期3个月，月息3分，逾期也按月息3分的标准支付逾期利息。同年11月，邹均因家庭矛盾，遂去外地打工。借款到期后，庄正业无法与邹均取得联系，造成其履行债务困难。庄正业为避免支付过多的逾期利息，遂于2002年1月3日向当地公证处申请将还款本息提存，公证处受理申请，向庄正业出具了提存公证书，并于1月7日在《人民法院报》上三次以刊登公告的方式通知邹均可于2007年1月3日前随时领款。邹均看到了公告，但没有及时去当地公证处领款。2007年6月，邹均打工回来，到当地公证处领取款项时被告知款项已于2007年2月7日上缴财政部门，收归国家所有。邹均于是又找到庄正业，要求偿还借款本息，双方协商不成，邹均于是向当地法院提起诉讼，要求庄正业偿还借款本息。

【争鸣】

■原告邹均提出，庄正业于2001年9月17日向自己借款3万元，庄正业向自己出具了借条，借条对于借款期限、利息及逾期利息的约定非常明确。因此，庄正业应当将借款归还给自己。

■被告庄正业提出，自己于2001年9月17日向邹均借款3万元是事实，但是由于借款到期后一直无法联系到邹均，造成自己还款困

难，如果自己不能尽快将借款还给邹均就要承担逾期利息，因此自己依法将3万元及相应利息向当地公证处提存，这意味这自己已经履行了还款义务，双方的债权债务关系已经消灭，邹均无权要求自己再次偿还借款和利息。



【律师点评】

本案涉及了提存法律制度。所谓提存，是指由于债权人的原因导致债务人无法向其交付合同标的物时，债务人将标的物交给提存机关而使合同权利义务归于消灭的一项法律制度。

我国《合同法》第101条规定："有下列情形之一，难以履行债务的，债务人可以将标的物提存：（一）债权人无正当理由拒绝受领；（二）债权人下落不明；（三）债权人死亡未确定继承人或者丧失民事行为能力未确定监护人；（四）法律规定的其他情形。标的物不适于提存或者提存费用过高的，债务人依法可以拍卖或者变卖标的物，提存所得的价款。"

根据上述法律规定，提存的原因可以分为以下四种情形：第一，债权人无正当理由拒绝受领。债权人有条件和能力受领债务人对其债务的履行，在债务人履行其债务时，无正当理由不予受领的，债务人可以将标的物提存。第二，债权人下落不明。债务人履行债务，应当由债权人接受其履行。如果债权人下落不明，债务人就失去了履行的受领人，即使他适当履行，也会因无人受领而达不到合同履行的目的。因此，无论何种原因致使债权人下落不明的，债务人都可以将标的物提存。第三，债权人死亡未确定继承人或者丧失行为能力未确定监护人。这两种情况都会使债务人失去其履行的受领人，难以履行其债务，因此债务人可以将标的物提存。第四，法律规定的其他情形。

本案中，庄正业在借款到期后，积极地与债权人邹均进行联系欲偿还借款本息，但是由于邹均出外打工，庄正业无法与其取得联系，属于上述提存原因中的第二项，即债权人下落不明。在这种情况下，庄正业有权将所还款项予以提存。

根据我国《提存公证规则》的有关规定，提存的法定程序如下：首先，提存人向提存机关提出申请。《提存公证规则》第9条详细规定了申请应当提交的材料。其次，提存机关受理与提存。公证处接到申请人的申请后，经审查认为符合法定条件的，应当受理。受理后，经审查符合法定之实质条件的，应当予以提存，并对提存人提存之物进行验收和登记。再次，公证机关出具提存公证书。《提存公证规则》第17条规定："公证处应当从提存之日起三日内出具提存公证书。提存之债从提存之日即告清偿。"最后，对提存受领人的通知。提存人应将提存的事实及时通知提存受领人。以清偿为目的的提存或提存人通知有困难的，公证处应当自提存之日起7日内，以书面形式通知提存受领人，告知其领取提存物的时间、地点、期限及方法。提存受领人不清或不明的，应以公告的方式进行。本案中，由于债权人邹均下落不明，借款人庄正业依法向当地公证处提存了3万元借款及利息，提存的程序符合上述法定程序，因此庄正业的提存行为是有效的。

提存产生的法律效力是，债务人将合同标的物提存后，不论债权人是否领受，依法发生合同权利义务消灭的法律效果。提存标的物毁损、灭失的风险从提存之日起转移给债权人，提存标的物的孳息归债权人所有。总之，提存产生的法律效力与合同履行产生的法律效力相同。本案中，借款人庄正业将3万元借款及相应利息提存给当地公证机关后，其与贷款人邹均之间的借贷法律关系就此消灭。在此种情况下，邹均起诉要求借款人庄正业偿还借款及利息无法得到法律的支持。

最后，我国《合同法》第104条规定："债权人可以随时领取提存物，但债权人对债务人负有到期债务的，在债权人未履行债务或者提供担保之前，提存部门根据债务人的要求应当拒绝其领取提存物。债权人领取提存物的权利，自提存之日起五年内不行使而消灭，提存物扣除提存费用后归国家所有。"根据该规定，如果债权人领取提存物的时间自提存之日起超过5年，则其丧失了领取提存物的权利。本案中，借款人于2002年1月3日将3万元及利息提存，而贷款人邹均于2007年6月才去当地公证机关领取提存物，此时已超过《合同法》规定的5年期限，因此当地公证处在扣除提存费用后将其余款项上缴财政部的做法是正确的。

12. 借款人死亡，由谁承担还款责任?

【案情】

顾晓梦和吴明明是好朋友，2005 年 6 月 5 日，顾晓梦因为要做生意，就在好朋友林华的担保下，向吴明明借款 10 万元，并向吴明明出具“借到现金 10 万元”的借据一张，并写明担保人为林华。人有旦夕祸福，10 万元钱刚刚借到，6 月 15 日，顾晓梦便在一起交通事故中不幸死亡。吴明明得知此事后，非常伤心，但同时想到自己的借款如何收回的问题，便向顾晓梦的家人出示了借条，要求他们归还顾晓梦借自己的 10 万元。岂料，顾晓梦的妻子管至美却说自己并不知道丈夫借这笔钱，顾晓梦的父母更说自己不知情。无奈之下，为讨回自己的 10 万元钱，2006 年 5 月 31 日，吴明明将顾晓梦的妻子管至美、顾晓梦的父母及担保人林华告上了法庭。

【争鸣】

■ 原告吴明明提出，自己借给顾晓梦 10 万元，有借条为证，现在顾晓梦死亡，顾晓梦的妻子、父母及保证人应当偿还该笔借款。

■ 被告管至美提出，自己对顾晓梦给吴明明出具的借据没有异议，但是顾晓梦借吴明明 10 万元钱一事自己并不知情，而且顾晓梦借款是用于做生意，该款未用于家庭生活，所以自己不应当承担还款义务。

■ 被告顾晓梦的父母提出，他们不应该作为被告，一是顾晓梦借款一事他们不知情，对借款原因、数量、用途均不知晓；顾晓梦系

成年人，且婚后另立门户独立生活，对自己的行为负完全法律责任。顾晓梦身亡后，他们放弃了顾晓梦所在单位给付的抚恤金，顾晓梦所在单位给付的一切费用均由管至美领取，且于2006年6月21日已与管至美达成了书面协议。二是他们不具备还债能力，两人均年逾七旬，长年有病，仅靠微薄的退休金勉强维持生活，经历丧子之痛后，自己的生活还无人照料，没有能力还钱。

■ 被告林华提出，顾晓梦的妻子、父母应当首先承担偿还借款的责任。



【律师点评】

本案中，被告管至美之夫顾晓梦生前借原告吴明明现金10万元，有顾晓梦所打借条为证，事实清楚，证据充分。根据《中华人民共和国合同法》第210条规定："自然人之间的借款合同，自贷款人提供借款时生效。"吴明明将10万元现金提供给顾晓梦，顾晓梦向吴明明出具了借条，他们之间形成了一种合法的借贷法律关系。《中华人民共和国民法通则》第90条规定："合法的借贷关系受法律保护。"因此，顾晓梦依法负有归还借款的义务。所以，如果顾晓梦没有发生车祸身亡，应当偿还吴明明借款10万元。

本案的特殊之处就在于顾晓梦借款后死亡，那么顾晓梦死亡后，该笔借款应当由谁来偿还呢？

根据《中华人民共和国继承法》的规定，顾晓梦的父母、妻子均是第一顺序继承人，他们有权利继承顾晓梦的遗产。《中华人民共和国继承法》第33条规定："继承遗产应清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务，缴纳税款和清偿债务以他的遗产实际价值为限。超过遗产实际价值部分，继承人自愿偿还的不在此限。继承人放弃继承

的，对被继承人依法应当缴纳的税款和债务可以不负偿还责任。”管至美和顾晓梦的父母作为遗产第一顺序继承人，对顾晓梦的债务在其继承遗产范围内负有依法清偿的责任。但由于顾晓梦的父母已经放弃了继承顾晓梦遗产的权利，按照《继承法》第33条规定，他们可以不负清偿责任。管至美继承了顾晓梦的遗产，因此，她应当以顾晓梦的遗产为限对该笔借款负清偿责任。

最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第26条规定：“夫或妻一方死亡的，生存一方应当对婚姻关系存续期间的共同债务承担连带清偿责任。”根据该条规定，顾晓梦的妻子管至美也应当对债务承担连带清偿责任。

林华与债权人吴明明之间存在保证法律关系。林华自愿作为顾晓梦和吴明明之间的借贷行为的保证人，而且对保证的方式没有明确约定。《中华人民共和国担保法》第19条规定：“当事人对保证方式没有约定的或者约定不明确的，按照连带责任承担担保责任。”第21条规定：“当事人对保证担保的范围没有约定或者约定不明确的，保证人应当对全部债务承担责任。”所以，林华对该笔借款负连带清偿责任。

13. 借贷关系中的第三人应承担什么责任?

【案情】

2002年3月，汤美真与某修理厂（以下简称“修理厂”）签订《借款合同》，约定：汤美真将300万元借给修理厂，期限5年，时间从2002年3月1日至2007年2月28日。合同签订后，汤美真将借款300万元给付修理厂，合同到期后，修理厂未履行还款义务。

2007年5月3日，修理厂所属的集团有限公司向汤美真出具《承诺函》，承诺其所辖修理厂共欠汤美真300万元，由集团有限公司负责归还，最后还款时间为2007年9月30日。同时，修理厂也向汤美真出具《承诺函》，承诺其与汤美真发生借款300万元，分两期于2007年11月1日前还清。但是，修理厂和集团有限公司均未如约履行还款义务。汤美真为收回借款，遂向当地人民法院提起诉讼，要求修理厂和集团有限公司归还欠款300万元。

【争鸣】

■原告汤美真提出，修理厂向本人借款300万元，有双方签订的《借款合同》为证，同时修理厂和集团有限公司都向自己出具了《承诺函》表示愿意承担还款责任，所以修理厂和集团有限公司应当共同承担偿还责任。

■被告修理厂提出，愿意偿还汤美真的借款，但目前资金紧张，希望过一段时间再偿还。

■被告集团有限公司提出，虽然本公司向汤美真出具了《承诺

函》表示愿意还款，但是毕竟修理厂才是《借款合同》的一方当事人，自己并非《借款合同》的主体，所以应当由修理厂承担相应的偿还责任。



【律师点评】

在本案中，被告集团有限公司的法律地位属于《借款合同》履行中的第三人。因在本案所涉合同签订时，集团有限公司并非合同一方当事人，只是在合同履行中，集团有限公司主动向本案汤美真承诺承担还款责任，履行合同中债务人应履行的义务。

集团有限公司主动向汤美真出具承诺函，自愿承担向汤美真还款责任的行为不属于《中华人民共和国合同法》第65条规定的第三人代为履行债务。因本案无证据证明债权人汤美真与债务人修理厂协议、债务人修理厂与第三人集团有限公司协议或三方协议约定由第三人集团有限公司代债务人修理厂履行债务，且债务人修理厂并不知道第三人集团有限公司愿代其履行合同义务，在第三人集团有限公司向汤美真出具承诺函的同时，债务人修理厂也向汤美真出具承诺函表示继续履行合同义务。

集团有限公司公司主动向汤美真出具承诺函，自愿承担向汤美真还款责任的行为也不属于债务转移。因本案无证据证明债务人修理厂与第三人集团有限公司达成了债务转移的协议。

因集团有限公司主动承诺还款的行为属于并存的债务承担，即本案所涉合同的债务人修理厂并没有脱离合同关系，仍承担向债权人汤美真还款的责任，第三人集团有限公司主动加入本案所涉合同关系，并与债务人修理厂共同向同一债权人汤美真承担债务。同时，集团有限公司未与债务人修理厂约定还款份额，因此应当和债务人修理厂共

同承担还款责任。

综上所述，集团有限公司和修理厂共同承担还款责任主要依据为：第一，集团有限公司承诺还款的行为不属于第三人代为履行债务，债务人修理厂不知道合同外的第三人集团有限公司代其履行债务；第二，本案借款合同所涉债务并未发生转移。由于集团有限公司既没有和修理厂，又没有三方共同签订债务转让协议，故本案所涉合同的债务并未转移给集团有限公司，集团有限公司和修理厂应共同承担还款责任。



14. 借款人怠于行使到期债权，贷款人能否代位取得？

【案情】

张明皓、李炼是中学同学，二人从小一起长大，交情很不一般。高中毕业后，张明皓下海做起了服装生意，买卖很是红火。而李炼则通过关系进了一家农机公司，收入不高。看到好朋友的钱越赚越多，李炼的心里也痒痒起来，于是便打算辞职下海做生意。李炼看中了餐饮业，便从张明皓那里借来了20万元的启动资金，开起了餐馆。但由于没有经营管理经验，很快生意便陷入困境，不得不关门歇业。而此时的张明皓也因为要急于购进一批夏装而四处筹措资金。张明皓找到李炼，希望他能归还一部分借款，以缓解自己资金紧张的现状。李炼认为张明皓不应该在自己最困难的时候来要欠款，这种雪上加霜的做法不够仗义，于是便以自己所有的钱都赔到了生意里为名予以推托。张明皓通过李炼的妻子得知李炼在一年前曾经借给自己的表弟10万元钱买房，现在已经到了归还的时候。于是张明皓便找到李炼，希望他能在收回这笔借款后归还自己一部分。李炼表示自己碍于亲戚情面不好张嘴要钱，如果张明皓一定要钱，就让张明皓自己去要。张明皓找到李炼的表弟，向他说明了来意，李炼的表弟表示，自己借的是李炼的钱而不是张明皓的钱，张明皓没有权利来向自己要钱。张明皓感到气愤和无奈，遂向人民法院提起诉讼，要求李炼及其表弟清偿债务。

【争鸣】

■张明皓提出，虽然自己与李炼及李炼的表弟之间存在不同的债权债务关系，但由于在李炼和李炼的表弟之间的债务到期的情况下，李炼对于债权的行使不积极，这直接影响到了自己债权的实现，根据《合同法》的相关规定，自己可以行使代位权向李炼的表弟要求偿还这10万元钱。

■李炼的表弟提出，自己与张明皓之间并不存在债权债务关系，根据债权的相对性原则，张明皓是与李炼借贷关系中的债权人，而李炼才是与自己这一借贷关系中的债权人，两个不同的借贷关系不能混淆，张明皓没有权利作为债权人向自己索要这10万元钱。



【律师点评】

本案涉及的法律问题是代位权。所谓代位权是指当债务人怠于行使其对债权人以外的其他人所享有的权利而有害于债权人的债权时，债权人为保全自己的债权，可以以自己的名义代为行使债务人的权利。“代位”是指代替债务人的地位。也就是说，代位权就是代替债务人行使债务人的债权。债权人行使代位权需要符合一定的条件，即：

一、债务人对于第三人享有债权。该债权必须符合如下条件，(1) 必须是现时存在的有效的债权，债务人与第三人的债权无效时，债权人不得行使代位权。(2) 该债权不具有专属性。专属于债务人的债权不能作为行使代位权的对象，如，债务人的子女应向债务人支付的扶养费用专属于债务人，债权人不得代为行使。

二、债务人怠于行使自己对该第三人的债权。债务人怠于行使自

己对第三人的债权，应当符合如下条件：(1) 债务人应当行使债权。如果债务人对第三人的债权尚未到履行期限，则债权人不能行使代位权。债权人行使代位权必须债务人对第三人的债权已过行使期限，若债务人不及时行使债权，其债权就可能因为时效届满而消灭或者会有其他财产上的不利。(2) 债务人能够行使债权。也就是说，债务人行使对第三人的债权并无任何障碍，债务人完全可以通过自己和代理人行使债权。(3) 债务人不主张权利或迟延行使权利。债务人没有明示放弃对第三人的债权，但对该债权处于消极的、不行使的状态。如果债务人明示放弃对第三人的债权，债权人应该行使的是撤销权而不是代位权了。

三、债务人怠于行使自己债权的行为有害于债权人的债权。债务人怠于行使自己对第三人的债权必须影响到债权人债权的实现，如果债务人怠于行使自己对第三人的债权并不影响债权人债权的实现，则债权人不能行使代位权。只有在符合以上条件的情况下，债权人才可以行使代位权。

代位权的行使必须通过诉讼的方式进行，具体来说，第一，债权人以自己的名义请求人民法院代位行使债务人的债权，即请求第三人向债务人履行债务。在行使代位权的诉讼中，原告一定是享有代位权的债权人。被告则是债务人的债务人。第二，债权人只能在债权范围内行使代位权。债权人行使代位权不能超出债权的范围。第三，债权人只能在法定的期限内行使代位权。债权人行使代位权应当符合 2 年的普通诉讼时效或者 1 年的短期诉讼时效的规定，即从债务履行期限届满起算，债务人怠于行使其债权尚未超过 2 年或者 1 年的诉讼时效。如果超过这一期限，债权人不得再行使代位权。第四，债权人行使撤销权的必要费用由债务人承担。

在本案中，张明皓的债务人李炼对第三人即李炼的表弟享有 10 万元的债权，而对于这一到期债权，李炼在可以行使的情况下以种种

理由为名怠于行使，从而使张明皓的债权无法得到实现。由此可见，这一情形符合代位权的行使条件。根据《合同法》第73条的规定，因债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权，但该债权专属于债务人自身的除外。代位权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使代位权的必要费用，由债务人负担。因此，张明皓可以通过诉讼的形式，对李炼的这10万元债权行使代位权，以维护自己的合法权益。诉讼费用应当由李炼承担。

15. 合伙企业负责人向第三人借款，应当由谁来承担偿还责任？

【案情】

徐风来是某市合伙经营客运车队的负责人，也是合伙企业出资人之一，因扩大车队规模的需要，2006 年 1 月，徐风来向周寒冬借款 70 万元作为购车款，并且向周寒冬出具了借条，约定半年之后还款。出具借条时还有其他几名合伙人在场。但是，借条约定的还款期限届满，徐风来却没有依约按时还款。在几经交涉无果的情况下，周寒冬将徐风来及各合伙人一同诉至法院，要求徐风来和其他合伙人共同偿还欠款。

【争鸣】

■ 原告周寒冬提出，徐风来于 2006 年 1 月向自己借款 70 万元，并约定于半年之后归还。徐风来借款是用来购车，以扩大车队规模，属于为了合伙事务而借款，同时徐风来向自己出具借条时，其他合伙人都在场，对借款一事并没有表示异议，因此该债务应当由徐风来与其他合伙人共同承担。

■ 被告徐风来提出，自己作为合伙企业的负责人，为了合伙事务而向徐风来借款 70 万元用于买车，因此该债务应当属于合伙债务，而不是其个人债务，因此应当由自己和其他合伙人共同承担偿还借款的义务。

■ 被告其他合伙人提出，徐风来向周寒冬借款的行为属于其个

人行为，所借款项并未在合伙企业入账，因此该债务应当由徐风来自行向周寒冬偿还，自己不应当承担偿还的责任。



【律师点评】

本案主要涉及的问题是徐风来所借款项是否属于合伙债务，只有明确了这个问题的答案，才能找到最终的解决途径。

所谓合伙债务，是指在合伙事务经营过程中，即合伙关系存续期间，以所有合伙人的名义与第三人发生民事权利和义务，如因借款、购销等事务时所产生的债务。合伙债务有如下几个特点：(1) 就债务产生的原因来说，债务是合伙组织以其组织名义或者全体合伙人的名义在对外的经营过程中产生的对第三人所承担的债务。(2) 就时间来说，债务必须是在合伙关系存续期间产生的。(3) 就承担主体来说，所有合伙人都应当对债务承担无限连带责任。其中，无限责任是指各个合伙人应该以其各自的所有财产来对债务承担责任；连带责任是指每个合伙人都对所有债务承担偿还责任，债权人可以就其债权对任何一个合伙人提起偿还的请求，任何一个合伙人都应该偿还全部债务。根据上述特点不难看出，徐风来向周寒冬借款所产生的债务应当属于合伙债务。

在解决了债务性质为合伙债务的前提下，债务应当有谁来偿还还应当考虑以下几个方面：

首先，《中华人民共和国合伙企业法》（以下简称《合伙企业法》）第26条规定："合伙人对执行合伙事务享有同等的权利。按照合伙协议的约定或者经全体合伙人决定，可以委托一个或者数个合伙人对外代表合伙企业，执行合伙事务。作为合伙人的法人、其他组织执行合伙事务的，由其委派的代表执行。"本案中，徐风来作为合伙

企业的负责人，有权对外代表合伙企业，执行合伙事务。

其次，《合伙企业法》第28条规定：“由一个或者数个合伙人执行合伙事务的，执行事务合伙人应当定期向其他合伙人报告事务执行情况以及合伙企业的经营和财务状况，其执行合伙事务所产生的收益归合伙企业，所产生的费用和亏损由合伙企业承担。合伙人为了解合伙企业的经营状况和财务状况，有权查阅合伙企业会计账簿等财务资料。”本案中，徐风来作为执行事务合伙人，其向周寒冬借款70万元购车的行为属于执行合伙企业事务，因执行合伙事务所产生的收益应当归合伙企业，而因此产生的债务也应当由合伙企业承担。

再次，《合伙企业法》第38条规定：“合伙企业对其债务，应先以其全部财产进行清偿。”第39条规定：“合伙企业不能清偿到期债务的，合伙人承担无限连带责任。”因此，在偿还周寒冬70万元欠款的责任承担上，首先应当由合伙企业承担，如果合伙企业不能偿还债务的，各个合伙人应当对周寒冬的借款承担无限连带偿还责任。

16. 因公司未出资导致借款难还，会计师事务所虚假验资应当承担责任吗？

【案情】

秦川实业有限公司（以下简称“秦川公司”）系黄丽净、高昌平两人投资设立。秦川公司的注册资本为600万元，黄丽净、高昌平两人分别认缴500万元和100万元，但实际分文未到位。在秦川公司设立过程中，西庆会计师事务所凭银月投资有限责任公司出具的一张800万元银行汇票（复印件）和另一张证明黄丽净和高昌平向其投资600万元的书面材料，便出具了秦川公司注册资本为600万元的验资证明。验资完成后，秦川公司经当地工商行政管理局核准登记成立。

秦川公司成立后3个月向梁一同借款33万元，约定半年之内还款，但秦川公司未按约还款，声称没有能力还款。梁一同在数次催款过程中了解到秦川公司未出资而西庆会计师事务所出具虚假验资报告的情况，遂将秦川公司、西庆会计师事务所诉至法院，要求秦川公司归还借款33万元并赔偿利息损失，西庆会计师事务所出具虚假验资报告承担连带责任。

【争鸣】

■原告梁一同提出，其与被告秦川公司之间的借款行为合法、有效，秦川公司依法应当偿还其借款33万元，同时作为法定验资机构的西庆会计师事务所应当按照实际情况出具验资报告，而不应当虚假验资，因此被告西庆会计师事务所应当承担连带赔偿责任。

■被告秦川公司提出，秦川公司向原告梁一同借款确有其事，但目前没有能力还款，待日后资金允许的情况下就归还借款。

■被告西庆会计师事务所提出，虽然自身在验资过程中存在不规范之处，但借钱的不是自己，欠钱不还的也不是自己，因此不应当承担连带责任。



【律师点评】

《中华人民共和国公司法》、《中华人民共和国注册会计师法》对验资机构的工作程序、要求和法律责任都有严格的规定。《中华人民共和国公司法》第208条第3款规定：“承担资产评估、验资或者验证的机构因其出具的评估结果、验资或者验证证明不实，给公司债权人造成损失的，除能够证明自己没有过错的外，在其评估或者证明不实的金额范围内承担赔偿责任。”《中华人民共和国注册会计师法》第42条规定：“会计师事务所违反本法规定，给委托人、其他利害关系人造成损失的，应当依法承担赔偿责任。”

本案是一起债权人向债务人主张权利并状告验资机构出具虚假验资证明的案件。本案中，原告梁一同与被告秦川公司之间的借款事实清楚，秦川公司应依法返还借款。本案的关键是西庆会计师事务所出具虚假验资证明是否应承担赔偿责任。

验资证明是经登记注册的会计师事务所或审计事务所对公司发起设立时的注册资金进行验资后出具的法律文件，也是公司设立时必须具备的基本条件之一。作为法定的验资机构应核准公司发起设立时的资本规模及资本构成，保证出具的验资证明真实无误，以此保护与该公司交易的其他当事人的合法权益。

本案中，西庆会计师事务所是秦川公司的验资证明人，理应根据

国家的上述法律法规，实事求是地出具验资报告，但它却在秦川公司注册资金实际根本未到位的情况下，仅凭案外人的银行汇票及证明，便出具了秦川公司注册资金为600万元的虚假证明，完全违背了国家的有关法律规定，由此造成的后果是既蒙骗了国家工商登记机关，扰乱了国家经济管理秩序，又给根本不具履约能力的秦川公司提供了“合法”身份，损害了债权人梁一同的合法权益。因此根据《中华人民共和国公司法》、《中华人民共和国注册会计师法》的规定，西庆会计师事务所应当在其验资不实的金额范围内承担赔偿责任。

17. 出借人在借出款项时先行扣除到期利息，是否受法律保护？

【案情】

2006年2月17日，马东小与太湖工业公司签订了一份借款合同。合同约定：太湖工业公司向马东小借款550万元，月利率为25‰，借款期限为其中200万为2个月，其余350万为6个月；出借时现行扣除借款期限内的全部利息62.5万元；如迟延还款，除按合同计息外，每日罚款按迟延还款总额的2%计算，同年3月15日，马东小按合同约定扣除利息后支付给太湖工业公司人民币487.5万元。此后，太湖工业公司分3次共还款100万元，余款经马东小多次催讨无效，一直未还。马东小遂向人民法院起诉，要求太湖工业公司依照合同约定还款。

【争鸣】

■原告马东小提出，其已按照与太湖工业公司签订的借款合同的约定将款项借给太湖工业公司，但太湖工业公司只归还了其中100万元，其余款项至今未归还，请求法院判决太湖工业公司归还合同约定的借款。

■被告太湖工业公司提出，本公司因资金周转需要向马东小借款人民币487.5万元，而非550万元，已向马东小归还了100万元，余款可分期偿还给马东小。



【律师点评】

本案的主要问题是借款合同关系中的出借人在借出款项时现行扣除到期利息，实际出借额小于合同约定的借款数额的做法是否受法律保护的问题。

金钱借贷系要物性契约关系，只有出借人将出借的款项实际交付后，合同方可成立。因而，对出借人现行扣除的利息部分，借款人并未取得，就此部分而言，在出借人与借用人之间就无成立借款关系的前提。出借人先扣利息是巧取利益的一种不正当手段，在大多数情况下，是规避法律关于最高利率限额的一种行为，对借款人是极不公平的，故多数国家的民法都禁止借贷关系中将利息先行扣除的做法。我国《合同法》第200条规定："借款的利息不得预先在本金中扣除。利息预先在本金中扣除的，应当按照实际借款数额返还借款并计算利息。"最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》125条规定："公民之间的借贷，出借人将利息计入本金计算复利的，不予保护；在借款时将利息扣除的，应当按实际出借款数计息。"上述规定都明确禁止借款时现行将利息在本金中扣除的做法，如果出借人先行扣除了利息，其需要承担的后果就是借款人可以按照实际借款数额返还借款，并按照实际借款数额支付利息。

本案中，出借人马东小按照双方合同约定在提供借款550万元时，先行扣除了相应利息，实际出借的款项为487.5万元，因此其无权要求太湖工业公司归还550万元借款，而只能要求归还487.5万元和以487.5万元为基础计算的利息。

18. 民间借贷约定利息过高能否得到法律支持?

【案情】

唐家巷于2004年12月1日向张义借款50000元，并向对方出具了借条，内容为：“兹借到张义同志人民币伍万元整，于2005年12月1日还款，最迟在2006年9月30日还款，逾期责任自负。”另注明“月息1250元当月应付”，落款签名为“唐家巷”，并注明身份证号，落款日期为“2004年12月1日”。自2006年1月1日起，唐家巷未依约定向张义履行还款和支付利息的义务。张义在多次索要无果的情况下，为维护自身的合法权益，向当地人民法院提起诉讼，要求唐家巷返还本金50000元，同时支付借款利息11250元（2006年1月1日至2006年9月30日止共9个月，每月利息按1250元计）。

【争鸣】

■原告张义提出：2004年12月1日，唐家巷向自己出具收条，约定唐家巷借款50000元，还款日期为2005年12月1日，最迟还款日为2006年9月30日，利息为每月1250元，于当月支付。但唐家巷自2006年1月1日起既不履行还款义务，也不履行支付利息的义务，唐家巷的做法属于违约行为。

■被告唐家巷提出，向张义的借款50000元属实，但双方在借条中约定的利息过高，对于利息中高于法律规定的部分，自己不应当承担给付义务。



【律师点评】

最高人民法院《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第6条规定："民间借贷的利率可以适当高于银行的利率，各地人民法院可根据本地区的实际情况具体掌握，但最高不得超过银行同类贷款利率的四倍（包含利率本数）。超出此限度的，超出部分的利息不予保护。"

本案中，原、被告对借款50000元未还的事实均无异议，据此，原告要求被告返还其本金50000元的诉讼请求，于法有据，应当得到支持。原告主张被告已按约定的利息支付至2005年年底，被告主张其利息均已支付，但被告未就其主张向本院提交证据予以证明，因此，被告的该项主张不可能得到支持。

关于借条约定的利息是否过高而无效的问题，依据最高人民法院《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第6条之规定，民间借贷约定的利率最高不得超过银行同类贷款利率的四倍，超过此限度的，超过部分的利息不予保护。2004年12月1日至上述原、被告双方约定的最后还款日期间的中长期即一至三年（含三年）贷款的年利率为5.76%，故本案中借贷数额受法律保护的最高利息限额为（50000元×5.76%÷12个月/年）×4=960元，而双方约定的利息为每月1250元，显然双方约定的利息超出了法律规定的最高限额，因此，对其超出部分即每月290元（1250元－960元）不予保护。

因原告已主张2005年年底前的利息被告已支付，而被告又未对该部分利息提出返还的反诉，所以已经支付的部分就无法再予以变更。据此，对原告要求被告支付其2006年1月1日至2006年9月30日期间的借款利息11250元的诉讼请求，依法予以保护的数额为8640（960元/月×9个月），超过该数额的部分不能得到法律支持。

19. 在借据左侧空白处签名，是否应当认定为共同借款人或保证人？

【案情】

于冰、江南和李天乐三人是同事。2007 年 10 月 18 日，于冰借给江南 100 万元整，江南向于冰出具借据一张，借据上打印如下文字："今借到于冰人民币 100 万元整，期限为 1 年，年利率为 15%。"江南在借据下方书写"借款人江南"。李天乐在借据的左侧空白处签名。

借款到期后，江南下落不明。于冰遂以李天乐在借据上签字为由，将李天乐诉至法院，请求其偿还 100 万元借款本金和相应的利息。李天乐在庭审中辩称其虽然在借据上签字，但是，既非保证人，亦非共同借款人，而仅是证明人，不应承担还款责任。

【争鸣】

■ 于冰提出，李天乐在借据上签名，而未书写其他内容，应视为对江南和于冰之间借贷关系的认可，故应当认定李天乐为共同借款人或保证人。在江南下落不明的情况下，李天乐应当承担还款义务。

■ 李天乐提出，自己虽然在借据上签名，但是不能据此认定其为共同借款人或保证人，因而也不应当承担还款义务。



【律师点评】

首先，李天乐不存在借款的意思表示，不是共同借款人。

民事法律行为是以意思表示为核心的行为，没有意思表示就没有法律行为。所谓意思表示是指行为人把发生一定私法上效果的内心意思以一定的方式表达于外部的行为。从现有证据看，李天乐签名的位置在借据的左上方，而不是在“借款人”处，可见其没有借款人意思表示，借款行为未成立。于冰也承认事实上借款是由江南受领并使用的。

其次，李天乐也不存在保证的意思表示。

最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第22条规定：“主合同中虽然没有保证条款，但是，保证人在主合同上以保证人的身份签字或者盖章的，保证合同成立。”最高人民法院《关于人民法院审理接待案件的若干意见》第13条规定：“在借贷关系中，仅起联系、介绍作用的人，不承担保证责任。对债务的履行确有保证意思表示的，应认定为保证人，承担保证责任。”从上述规定中不难看出，保证法律关系的成立也以当事人明确的愿意承担担保责任的意思表示为前提，从借据上同样看不出李天乐有这样的意思表示，因此，保证行为同样未成立。

再次，在李天乐没有保证的意思表示的情况下，不能推定保证法律关系成立。

保证责任不同于一般的民事责任，它是保证人基于与债务人的特殊关系而承担的一种单务、无偿的法律责任，不享有要求对方对待给付的请求权。正是因为保证责任与一般债务这一质的区别，保证行为不能像其他民事行为那样适用推定。“保证不能推定”是一项原则。

在本案中，如果仅仅根据李天乐在借据上签字的行为就要求其承

担保证责任，实际上是一种推定，但这种推定违反了“保证不能推定”的担保法基本原则，会导致过于偏袒一方（债权人）利益而剥夺另一方正当权利。

最后，从公平解释原则的角度看，认定李天乐不负偿还借款的责任更为合理。

公平解释是民法解释学上的重要原则之一，它要求如果合同当事人所表达的意思模棱两可时，法院应当在区别对待的基础上兼顾双方的利益：若是无偿合同，应按对义务人责任较轻的含义解释；反之若是有偿合同，则应按对双方均较公平的含义解释。法官在审理必须对合同进行解释的案件时，必须克服先入为主的思维定势，不能仅凭李天乐在借据上签名就预先认定其必须承担某种责任。

20. 企业能否以扣发养老金的形式抵偿职工的借款?

【案情】

韩庆长为某供销社（以下简称“供销社”）职工。2000年，韩庆长为资助子女做生意，曾向供销社借款6000元，一直未归还。2004年，韩庆长退休，供销社多次向其催要欠款，均被韩庆长以种种理由拒绝偿还。经供销社领导研究决定，从2006年7月起，停发韩庆长部分养老金，用以清偿所欠供销社借款。韩庆长由于部分养老金被停发，多次找到供销社领导，要求按时、足额发放养老金，遭到拒绝。韩庆长认为供销社的做法违反《劳动法》，侵犯了自己的合法权益，向当地劳动争议仲裁机构提请仲裁。

【争鸣】

■ 原告韩庆长提出，我国《劳动法》规定，包括养老金在内的社会保险金必须按时、足额发放。劳动和社会保障部的相关规定也明确指出：退休人员的养老金必须按时足额发放。因此，某供销社通过扣发退休职工养老金的方式来清偿所欠企业债务的做法是错误的，应当予以纠正，裁决某供销社补发扣发的韩庆长的养老金，今后的养老金必须按时足额发放。至于韩庆长与某供销社之间的债务纠纷，应当通过正当的法律途径妥善解决。

■ 被告供销社提出，韩庆长以种种理由拖欠所在单位的借款。我社经多次催要未果，采取扣发韩庆长养老金的方式，清偿韩庆长所欠债务，也是不得已而为之。本案的过错在韩庆长，应当由韩庆长尽

快清偿所欠债务，否则，我社也只能以扣发养老金的方式来维护自身的合法权益。



【律师点评】



本案主要涉及的是退休人员的养老金（以下简称退休金）的发放问题。“所谓的退休金是指劳动者因年老或因工、因病丧失劳动能力而离开工作岗位，依法按期领取的生活费。劳动者退休以后，不再与原用人单位存在劳动关系，劳动者在岗期间履行的劳动义务，是其退休以后享受养老保险的前提和基础条件，尽管退休金的计算方式也是以劳动者尽劳动义务的年限和贡献大小为依据，但退休金毕竟不属于劳动报酬或工资，无须退休者用劳动来换取，因此，退休金在性质上应是一种‘社会保障费’，退休金的直接作用是妥善安置退休劳动者的生活，使他们愉快地度过晚年，解决他们的后顾之忧。”

正是鉴于养老金的上述重要作用和与丧失劳动能力劳动者生活的密切关系，国家一再以法律、法规的形式强调养老金的按时足额发放。《劳动法》第73条规定：“劳动者在下列情形下，依法享受社会保险待遇：（一）退休；（二）患病、负伤；（三）因工伤残或者患职业病；（四）失业；（五）生育。劳动者死亡后，其遗属依法享受遗属津贴。劳动者享受社会保险待遇的条件和标准由法律、法规规定。劳动者享受的社会保险金必须按时足额支付。”这里的社会保险金包括退休人员的养老保险金。劳动和社会保障部《对辽宁省劳动厅〈关于足额发放企业离退休人员养老金有关问题的请示〉的复函》中明确指出：根据国务院领导同志的讲话精神及《企业职工基本养老保险金实行收支两条线管理暂行规定》，统筹范围内的全部离退休人员的基本养老金，从1998年6月1日起确保按时足额发放，企业

退休人员的基本养老金，必须按时足额发放。从上述规定可以看出，退休人员养老金的按时、足额发放是法律的一项强制性规定，用人单位必须严格遵守，不能以任何理由克扣、挪用退休人员的养老金。

本案中，韩庆长所在单位某供销社以韩庆长拖欠单位借款未由，扣发韩庆长的部分养老金的做法，虽然情有可原，但违反了《劳动法》和相关规定，是错误的，应当予以纠正。韩庆长长期拖欠单位借款，在单位多次催要的情况下，以种种理由拒不归还，侵犯了所在单位的合法权益，某供销社可以通过法律的途径予以解决，维护自身的合法权益，但不能以扣发韩庆长养老金的方式进行解决。

21. 劳动者与用人单位因借贷关系发生的争议，应当如何处理？

【案情】

2003年8月，包新锐受聘于某公司，双方签订了为期5年的劳动合同。2005年1月，包新锐为春节回家探亲向公司借款8000元。事后，包新锐一直未向公司归还借款。2007年5月，包新锐因严重失职，造成公司重大业务损失，被公司解聘。公司在解除与包新锐的劳动关系的同时，要求包新锐归还借款。包新锐以身上没钱为由，未予归还。2007年7月，某公司经多次催要借款未果，向当地劳动争议仲裁委员会提请仲裁。当地劳动争议仲裁委员会经审查后作出裁决：由包新锐如数归还所欠公司款项。包新锐以借款纠纷不属劳动争议，劳动争议仲裁委员会无权仲裁为由，请求人民法院依法撤销劳动争议仲裁委员会的裁决。

【争鸣】

■原告包新锐提出，本案中劳动争议仲裁委员会的仲裁裁决违反了法定程序，应当予以撤销。根据《企业劳动争议处理条例》第2条的规定："本条例适用于中华人民共和国境内的企业与职工之间的下列劳动争议：（一）因企业开除、除名、辞退职工和职工辞职、自动离职发生的争议；（二）因执行国家有关工资、保险、福利、培训、劳动保护的规定发生的争议；（三）因履行劳动合同发生的争议；（四）法律、法规规定应当依照本条例处理的其他劳动争议。"

包新锐与某公司之间的借款纠纷不属于上述劳动争议的范围，劳动争议仲裁委员会无权仲裁。包新锐撤销仲裁裁决的请求应当予以支持。

■ 被告劳动争议仲裁委员会提出，对于包新锐的诉讼请求人民法院不应当受理。根据《仲裁法》第9条的规定："仲裁实行一裁终局的制度。裁决作出后，当事人就同一纠纷再申请仲裁或者向人民法院起诉的，仲裁委员会或者人民法院不予受理。"只有在具备《仲裁法》第58条规定的条件时，当事人才可以向仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决。《仲裁法》第58条规定的情形包括：(一)没有仲裁协议的；(二)裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁委员会无权仲裁的；(三)仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的；(四)裁决所根据的证据是伪造的；(五)对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的；(六)仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的。人民法院经组成合议庭审查核实裁决有前款规定情形之一的，应当裁定撤销。人民法院认定该裁决违背社会公共利益的，应当裁定撤销。本案属于劳动争议仲裁，不以当事人之间达成仲裁协议为前提。当事人也没有证据证明本案中有《仲裁法》规定的其他情形。因此，对包新锐撤销仲裁裁决的申请应当驳回。



【律师点评】

本案发生在《劳动争议调解仲裁法》生效之前，因此应当适用《企业劳动争议处理条例》及《劳动法》等的相关规定。

劳动争议仲裁不同于《仲裁法》第2条所规定的"平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产纠纷"的仲裁。因为，劳动争议仲裁不是以当事人的意思表示合意为条件，按照

《劳动法》和《企业劳动争议处理条例》的规定，劳动争议仲裁具有法律规定的强制仲裁的性质；而《仲裁法》中规定的仲裁是以当事人仲裁的意思表示合意为条件，具有自愿仲裁的性质。当事人采取仲裁方式解决纠纷，应当双方自愿，达成仲裁协议。劳动争议仲裁不是终局的，当事人对仲裁裁决不服的，可以依法向人民法院起诉；《仲裁法》规定的仲裁裁决是终局的，裁决作出后，当事人就同一纠纷再申请仲裁或者向人民法院起诉的，仲裁委员会或者人民法院不予受理。因此，包新锐要求撤销仲裁裁决，人民法院应当予以受理。但本案不是《仲裁法》第58条规定的撤销仲裁裁决之诉。

我国《劳动法》仅规定了解决劳动争议的程序，对哪些争议属于劳动争议没有作出具体的规定。《企业劳动争议处理条例》第2条规定该条例适用的劳动争议的范围，即劳动争议仲裁的范围。但该条例没有规定劳动争议仲裁委员会如果受理了超出了条例规定的劳动争议仲裁范围的事项，应当如何处理，即劳动争议仲裁对事的管辖权不符合法律规定该怎么办。劳动部就该条例若干问题进行的解释，劳动部颁发的《劳动争议仲裁委员会办案规则》、《劳动争议仲裁委员会组织规则》等，对这个问题也没有作出规定。目前，这个问题在我国的劳动争议处理制度上还是一个空白。但有一点是明确的，根据上述法律规定，劳动争议仲裁对事的管辖权仅限于劳动争议，而不包括劳动争议以外的其他争议。换言之，劳动争议仲裁委员会对劳动争议以外的其他争议没有仲裁权。《劳动争议仲裁委员会办案规则》第12条第1款第2项规定："仲裁委员会的办事机构负责劳动争议案件受理的日常工作。仲裁委员会办事机构工作人员接到仲裁申请书后，应对下列事项进行审查……（二）申请仲裁的争议是否属于劳动争议……"这表明劳动争议仲裁委员会对不属于劳动争议的其他争议不应当受理，其可以就此作出不予受理的决定并通知申请人，这是这种情况下应有的处理方式。如果劳动争议仲裁委员会超越了管辖权限，



受理了劳动争议以外的其他争议并作出了裁决，除了劳动争议仲裁委员会发现问题后可以自行纠正外，对当事人来说，唯一的救济手段就是向人民法院起诉。按照《劳动法》第83条的规定："劳动争议当事人对仲裁裁决不服的，可以自收到仲裁裁决书之日起15日内向人民法院提起诉讼。"人民法院在受理当事人的申请之后，可以参照《仲裁法》第5章规定的法院对受理的撤销仲裁裁决的申请的处理方法进行处理，即或者撤销仲裁裁决，或者驳回当事人的请求。人民法院的这种处理，其性质是对劳动仲裁程序性问题的监督，应当允许人民法院撤销仲裁裁决或者其中的部分内容，不受最高人民法院给劳动部的《关于人民法院审理劳动争议案件几个问题的函》答复"二"中关于法院判决、裁定中不应包含撤销或者维持仲裁裁决的内容的意见的限制。

本案中，包新锐与某公司之间的借贷关系是一种平等主体之间的债权债务关系。当事人双方之间虽然存在劳动合同关系，但与借贷关系是两个性质完全不同的法律关系，不能因为有劳动合同的存在，就把因该借贷关系发生的纠纷认为是劳动争议。劳动争议是劳动关系当事人因劳动问题而发生的纠纷。依《企业劳动争议处理条例》第2条的规定，劳动争议包括：(一) 因企业开除、除名、辞退职工和职工辞职、自动离职发生的争议；(二) 因执行国家有关工资、保险、福利、培训、劳动保护的规定发生的争议；(三) 因履行劳动合同发生的争议；(四) 法律、法规规定应当依照本条例处理的其他劳动争议。显然，职工为个人的事项向所在单位借款，不属于劳动法调整的劳动关系上的权利义务内容，借贷关系的权利义务内容也不反映劳动关系的要求，因此而发生的争议不属于上述的任何一项劳动争议。劳动争议应该是职工与用人单位之间因劳动条件（工资、工时、生活待遇等）、劳动合同的履行、录用与调动、劳动保险、劳动保护以及劳动纪律和奖惩等劳动问题方面的争议，而不包括其他争议。在本案

的借贷关系中，某公司作为出借人，居于债权人的地位，包新锐作为借入人，居于债务人的地位，表现的均不是劳动关系上的当事人的地位，双方之间存在的劳动关系是一个与借贷关系无关的客观事实，而不是借贷关系中所应当具备的法律事实。所以，本案当事人之间由于借贷关系而发生的纠纷不属于劳动争议的范畴，劳动争议仲裁委员会将此争议作为劳动争议受理并予以裁决是错误的。包新锐提起的撤销仲裁裁决的诉讼，在性质上是程序性救济请求，并不涉及借贷关系在实体上的权利义务。对此，人民法院应当予以受理，并依法撤销仲裁裁决。对于当事人之间实体上的权利义务关系，可以由某公司就该借贷纠纷向人民法院提起诉讼。



22. 未实际履行的借条效力如何认定?

【案情】

2006年3月10日，李青月因急需资金向邓张立借款，李青月向邓张立出具了一份借条，该借条内容显示："今因急需资金借邓张立人民币拾万元（100000元），用于某工地工程。"在出具上述借条后，邓张立未将借款直接支付给李青月。2006年7月，邓张立、陈某及其他数名股东合资注册某电子有限公司。之后某电子有限公司先后多次以现金投入及垫付工人工资的名义收取邓张立投入该公司的现金人民币总计101000元，并给邓张立出具数张收款收据，收款收据上加盖了公司的公章。2006年8月，邓张立以李青月向其借款10万元，并受李青月委托向某电子公司支付所借现金未归还为由，向法院提起诉讼，请求判令李青月归还上述借款10万元。

【争鸣】

■ 原告邓张立提出，李青月写借条的行为本身就是对债的关系的一种确认，至于该款项是否交付，法院无须审查，应当直接认定李青月和邓张立之间存在债权债务的关系，并判决李青月承担偿还欠款的责任。

■ 被告李青月提出，自己虽向邓张立出具了借款10万元的借条，但邓张立未按借条约定的内容向李青月支付该款项，双方的借贷协议尚未生效。邓张立称其按李青月的要求将款项交付给某电子有限公司，但公司出具的收款收据写明付款人为邓张立本

人，该收款收据亦不能证明邓张立向某电子有限公司交付的款项是代李青月所支付。邓张立也不能提交李青月授权委托其将借款直接支付给某电子有限公司的证据，因此邓张立的请求不应当获得支持。



【律师点评】

本案的焦点在于借款合同的履行问题，而要对这个问题作出正确的分析认定，关键在于如何正确认定以下两个问题：一、李青月向邓张立出具借条的行为能否直接证明双方之间债权债务的关系的存在；二、邓张立向某电子有限公司支付的现金 101000 元的行为是不是履行借款合同义务的行为。

众所周知，合同成立是指合同订立过程的完成，只能证明合同的客观存在，是合同生效的前提。在本案中，李青月向邓张立出具了借条，无疑可认定邓张立、李青月之间存在借款的合意，可以证明合同已经成立。但合同成立只是解决了合同是否存在的问题，对于合同是否生效即合同权利义务的最终确定，则是合同生效制度才能解决的问题。也就是说，即使合同已经成立，如果不符合法律规定的生效条件，仍然不能产生预期的法律效力。合同成立制度主要体现了当事人的意志，体现了合同自由原则；生效制度则体现了国家对合同关系的肯定或否定评价，反映了国家对合同关系的干预。《合同法》第 197 条规定："借款合同采用书面形式，但自然人之间借款另有约定的除外。借款合同的内容包括借款种类、币种、用途、数额、利率、期限和还款方式等条款。"第 210 条也规定："自然人之间的借款合同，自贷款人提供借款时生效。"由此可认定，借款合同是实践性合同，除了有借款的合意外，还需有实际交付款项的事实存在，当事人之间

才能确立债权债务关系。国家法律之所以作此规定，主要是由于公民之间的借款合同往往是无偿的。如果认定合同成立就生效，则贷款人一方一旦同意借出款项，就必须按照约定提供借款，如此加重贷款方的责任是不公平的。所以，该借条能否证明邓张立、李青月之间债权债务的关系的存在，关键在于借款是否交付。如果已经交付，则合同生效，邓张立和李青月之间的债权债务关系成立，如果未交付，则债权债务关系尚未确立。本案中，邓张立也认可其并没有向李青月本人支付10万元的事实。所以，借条仅能证明邓张立和李青月之间的合同存在，但不能证明合同生效。邓张立依据尚未生效的借款合同，要求李青月清偿借款是不能成立的。

关于能否将邓张立向某电子有限公司支付的款项101000元认定为履行借款合同义务的问题，涉及合同履行问题。《合同法》第60条规定："当事人应当按照约定全面履行自己的义务。当事人应当遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。"该条规定即是合同的全面履行原则，就是指合同当事人应当依据合同和法律的规定全面履行其合同项下的义务。换言之，债务人应当全面地、适当地完成其合同义务，从而使债权人的合同债权得到完全实现。它要求合同当事人必须按照合同规定的履行主体、标的、时间、地点以及方式等履行其义务。按照合同全面履行的原则，债务人的履行在质量、数量、履行方法、地点等方面都必须符合合同的约定和法律的规定，否则均可构成违约。按照《合同法》规定，借款合同是借款人向贷款人借款，到期返还借款并支付利息的合同。根据合同的全面履行原则，贷款人只有向恰当的借款相对人支付借款，才能产生合同履行的法律效力。但在本案中，与邓张立成立借款合同关系的是本案被告，对此邓张立并无异议，而且也可以从李青月书写借条和以李青月为本案被告的事实来证明。但是，收到邓张立款项的主体却是某电子有限公司，而该公司是邓张立和其他股东合

资注册的，显然与李青月是不同的法律主体，由此可以认定邓张立向某电子有限公司支付款项的行为不是履行本案借款合同义务的行为。因此，邓张立的诉讼主张不能成立。

23. 借款合同中如何进行举证责任的分配?

【案情】

2002年8月19日，林云生为解决投资项目资金需要向周赵涛借款200000元，并出具一份借条给周赵涛。借条的内容显示："现借到周赵涛先生人民币二十万元整，作为投资项目用途，特立此据，定于2002年10月底归还。借款人：林云生，2002年8月19日。"2002年9月16日，周赵涛通过转账方式又借款300000元给林云生。2002年9月17日，林云生通过转账方式偿还周赵涛借款210000元。2002年9月18日，林云生又通过转账方式偿还周赵涛借款90000元。在借款200000元的借款期限届满后，林云生未能依约定归还借款给周赵涛，周赵涛经追索未果，遂向法院提起诉讼，请求林云生偿还借款200000元并支付相应的利息。

【争鸣】

■原告周赵涛提出，林云生为解决项目投资资金向周赵涛借款并出具借条给周赵涛，借款事实清楚，债权债务明确，证据充分，因此双方之间的债权债务关系成立。在借款到期后，林云生未依约归还借款给周赵涛，已经构成违约，应当承担相应的民事责任。林云生除应当归还借款本金200000元给周赵涛外，还应从借款逾期之日即2002年11月1日起支付借款的利息给周赵涛。

■被告林云生提出，周赵涛诉林云生所欠款项，林云生已经于2002年9月17日通过招商银行网上银行系统从本人的招行一卡通划

账到周赵涛的招行一卡通，划款额为210000元，林云生与周赵涛的该债权债务关系已经终止，因此法院应当驳回周赵涛的诉讼请求。



【律师点评】

本案的争议焦点为借款合同中如何进行举证责任的分配。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第2条规定："当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。"这是有关举证责任的规定。本案属于借款合同，第5条规定："在合同纠纷案件中，主张合同关系成立并生效的一方当事人对合同订立和生效的事实承担举证责任；主张合同关系变更、解除、终止、撤销的一方当事人对引起合同关系变动的事实承担举证责任。对合同是否履行发生争议的，由负有履行义务的当事人承担举证责任。对代理权发生争议的，由主张有代理权一方当事人承担举证责任。"周赵涛主张林云生拖欠其借款200000元，则应就借款关系存在的事实承担举证责任，周赵涛提供了借条，而且林云生对借条的形式和内容均未提出异议，可见周赵涛已经初步完成其举证责任。林云生称上述借款已于2002年9月17日归还。在此情况下，举证责任应当转移到被告林云生，林云生应当提供证据证明已归还周赵涛借款200000元，林云生应当提供的证据系反驳证据。林云生为反驳周赵涛的主张提供了招商银行个人银行专业版历史交易单，称通过银行转出的210000元（含利息）是归还周赵涛借款的款项。林云生提供的证据虽不充分，但从证据表面看有一定的合理性，即林云生为反驳周赵涛提供了初步证据。在此情况下，周赵涛对被告林云生提供的反驳证据有责任进一步提供证据，

予以反驳被告的抗辩，举证责任又重新转移到原告周赵涛。周赵涛补充提供2002年9月16日借款300000元的证据及两次分别收到林云生还款210000元、90000元的证据，从而反驳了被告林云生的抗辩，并得到了法院的支持，因此法院应当认定被告林云生未偿还借款200000元。

关于对证据的综合判断和认定，最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第64条规定："审判人员应当依照法定程序，全面、客观地审核证据，依据法律的规定，遵循法官职业道德，运用逻辑推理和日常生活经验，对证据有无证明力和证明力大小独立进行判断，并公开判断的理由和结果。"在本案中，除原告周赵涛补充的证据可以反驳被告林云生的抗辩外，林云生的抗辩不足以采信的理由仍有以下几点：一、借条是债权凭证，在被告林云生认可借款已收到的情况下，林云生反驳称已归还借款，但借条仍在原告手上，理由不符合常理；二、被告称借款已归还，但借款金额为200000元，被告2002年9月17日转给原告的款项为210000元，被告称其中有1000元是利息，但双方为自然人，没有约定利息应视为不支付利息，被告林云生称有利息1000元依据不足；三、被告在庭审时称，周赵涛、林云生双方的交易、出入账从来没有借条凭证，但本案却有借条作为凭证，本案情况与被告林云生所作陈述存在矛盾，因此被告林云生的辩称理由不成立。

24. 借款合同未约定还款期限，借款的诉讼时效如何计算？

【案情】

2001年3月10日，廖占光与龙成建签订一份借款协议，约定廖占光向龙成建借款5万元，用于生活所需，月息为0.5%，双方对还款时间没有约定。2001年3月11日，龙成建将借款交付给廖占光，廖占光出具了一份收条给龙成建收执。从2001年3月11日起至2005年3月11日止，廖占光按约定每月支付借款利息给龙成建。2005年8月，龙成建向廖占光发出一份追款通知书，要求廖占光于2005年11月3日前偿还全部欠款本息。廖占光收到通知后至2005年11月3日止，未偿还龙成建的借款本息。龙成建于2006年6月向廖占光再次追收欠款，廖占光仅偿还龙成建借款的利息1000元。龙成建经追收欠款未果，遂于2006年7月向法院提起诉讼，请求法院判决廖占光偿还借款本金5万元并支付相应的利息。

【争鸣】

■原告龙成建提出，双方对借款期限并未作出约定，这是无期限借款协议。在此情况下，作为债权人，龙成建有权随时催告作为债务人的廖占光。龙成建在2005年8月向廖占光主张偿还欠款本息，2006年6月向他再次追收，然后于2006年7月向法院提出起诉，并未超过法律规定的诉讼时效。

■被告廖占光提出，本案借款发生于2001年3月10日，本案的

诉讼时效为两年，即至2003年3月10日，龙成建于2006年7月起诉，已明显超过诉讼时效，请求法院驳回龙成建的诉讼请求。



【律师点评】

在民间借款纠纷中，因订立合同的当事人有的文化程度不高，有的法律意识淡薄，有的对法律关系把握不准，在书写具体的借款协议时，或对债权债务主体未予明确，或对借款利息和利率约定模糊，或对借款的出借期和还款期限未作约定，从而产生了不必要的纠纷，给工作和生活带来负面影响。故在订立借款协议时，要尽量完备合同条款，并把握内容的合法性，避免引起因对合同理解不同而产生纷争的情况。

本案中龙成建、廖占光签订的借款协议合法有效，依法应受到法律的保护。本案的争议焦点为龙成建的诉讼请求是否已超过法律规定的诉讼时效。从双方的借款协议来看，双方对借款期限并未作出约定，系无期限借款协议。引起本案的主要原因为双方对诉讼时效的理解不同。关于本案是否有诉讼时效，如有诉讼时效应如何计算的问题，《合同法》第206条规定："借款人应当按照约定的期限返还借款。对借款期限没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，借款人可以随时返还；贷款人可以催告借款人在合理期限内返还。"《民法通则》第135条规定："向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为2年，法律另有规定的除外。"第136条规定："下列的诉讼时效期间为1年：（一）身体受到伤害要求赔偿的；（二）出售质量不合格的商品未声明的；（三）延付或者拒付租金的；（四）寄存财物被丢失或者损毁的。"第140条规定："诉讼时效因提起诉讼、当事人一方提出要求或者同意履行义务而中断。从中

断时起，诉讼时效期间重新计算。”从上述规定可以看出，本案是有诉讼时效的。因为出借人即龙成建在没有行使催告之前，其不知道其权利被侵害的事实。龙成建向廖占光催收后，廖占光未按照要求偿还龙成建的借款本息，此时才具备了适用诉讼时效期间的条件。在此种情况下，作为债权人，龙成建有权随时催告作为债务人的廖占光。在催告后的合理期间内廖占光没有向龙成建偿还借款本息，龙成建才知晓其权利被侵害，其诉讼时效应从权利被侵害之时起计算。即本案的诉讼时效应从2005年11月3日起计算两年，而2006年6月龙成建再次追收借款本息，诉讼时效从此时起发生中断，本案的诉讼时效应至2008年6月，故龙成建的诉讼请求并未超过诉讼时效，其请求合法有理，法院应当予以支持。

需要指出的是，本案系对还款期限没有约定的情形。对出借日期不能确定的情形，出借人主张借款期间的利息的，由出借人对借款日期进行举证，不能确定的，从主张提出之日起计算利息；如借款人主张借款已超过诉讼时效的，应由借款人对借款日期及超过诉讼时效进行举证，不能确定时，从主张提出之日重新计算诉讼时效。

25. 未进行清算就向有关部门申请注销企业法人，对被注销的企业法人的债务，应由谁承担？

【案情】

某酒店由某实业公司承包经营。1999 年 7 月 5 日，某酒店向沈青平借款 15 万元，双方签订了借款合同，双方约定每月利息为 2250 元，借款期限至 2001 年 6 月止，沈青平于当日将借款转到了某酒店的账上。截至 2001 年 7 月 5 日，某酒店已偿还此前的利息。至起诉的 2003 年 6 月 10 日时止，某实业公司又还款 87180 元。该酒店于 1996 年 12 月经某工商局登记注册成立，其股东分别为陈涛、张刚玉、杨艳军。2002 年 10 月 30 日，某酒店向某工商局递交一份《注销企业申请报告》，申请对某酒店进行注销登记。同年 11 月 18 日，某实业公司在《关于申请办理注销登记手续的报告》中，声称其于 2002 年 7 月 16 日正式决定撤出对某酒店的承包经营，并于当日下午五时同市政府有关部门办理了财产移交手续，于此前就企业人员、设备设施、相应物资及债权债务等情况分别进行了妥善处理，请求某工商局对某酒店进行注销登记，并承诺某酒店注销后的一切债权债务由其承担。2002 年 11 月 26 日，某工商局核准对某酒店的注销登记。因陈涛、张刚玉、杨艳军未能清理某酒店的财产，偿还沈青平的借款本息，某实业公司亦未偿还余下的借款本息，沈青平认为某实业公司和陈涛、张刚玉、杨艳军存在侵害其债权的行为，主张他们应共同承担赔偿责任。此后，沈青平起诉至法院，请求法院判决四被告向沈青平一次性偿还借款 182861 元及利息。

【争鸣】

■原告沈青平提出，沈青平与某酒店之间签订的借款合同符合法律的规定，应依法认定为有效。某酒店在借款到期后，未返还沈青平的借款，已构成违约，应承担相应的违约责任。某实业公司在未偿还借款的情况下声称对某酒店的债权债务已进行了妥善处理，并承诺某酒店注销后的一切债权债务由其承担，造成某酒店被某工商局注销，某实业公司存在主观过错，应当向沈青平承担赔偿责任。同时，陈涛、张刚玉、杨艳军是某酒店的股东，应对该公司的债务承担连带责任。

■被告某实业公司和陈涛、张刚玉、杨艳军提出，沈青平是和某酒店签订的借款合同，因为某酒店已被注销，其在主体上已不存在，因此某酒店无法在本案中承担还款责任。某实业公司已经按照合法手续正式撤出了对某酒店的承包经营，并同市政府有关部门办理了财产移交手续，因此不应当再对某酒店承担任何责任。尽管沈青平主张清算义务人陈涛、张刚玉、杨艳军存在侵害其债权的行为，但沈青平并未举证加以证明，其主张缺乏事实和法律依据，法院不应当支持。



【律师点评】

本案的焦点问题是未进行清算就向有关部门申请注销企业法人，对被注销的企业法人的债务，应由谁承担？这一问题又涉及两个环节：一是本案的案由，二是某酒店在已被注销的情况下，其对外所负债务如何承担。

首先，来看本案的案由。本案的案由是存在争议的：一种观点认

为本案为侵权纠纷，因某实业公司注销某酒店的行为侵害了沈青平债权的实现，因此本案应当定性为侵权纠纷。另一种观点认为，本案是债权人依据借款合同的约定，在债务人已被注销营业执照的情况下，请求债务人的出资人（开办人）或出具办理注销登记手续报告的有关单位承担民事赔偿责任，以保护其债权权益而引起的纠纷，属于借款合同纠纷的延伸，其性质仍属于借款合同纠纷。在本案中，某实业公司在未偿还借款的情况下声称对某酒店的债权债务已进行了妥善处理，并承诺某酒店注销后的一切债权债务由其承担，造成某酒店被某工商局注销，某实业公司存在主观过错。因此，本案应定性为侵权纠纷。

其次，某酒店在已被注销的情况下，其对外所负债务如何承担。

1. 某实业公司作为承包人和注销申请人的责任。本案借款系在承包时产生，虽借款系以某酒店名义所借，在某酒店已被注销的情况下，某实业公司亦应对此承担偿还责任。而在过错责任上，《民法通则》第 106 条规定："公民、法人违反合同或者不履行其他义务的，应当承担民事责任。公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的，应当承担民事责任。没有过错，但法律规定应当承担民事责任的，应当承担民事责任。"《合同法》第 107 条规定："当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。"在本案中，某实业公司在向工商局办理企业法人的注销登记手续时，书面声称其已对债权债务进行了妥善处理，并承诺对某酒店的一切债权债务承担责任，导致该企业法人被注销，造成的债权得不到清偿，某实业公司明显存在主观过错，其上述行为与所受损害之间存在因果关系。某实业公司应当就该企业的上述债务承担赔偿责任，赔偿责任的范围是没有得到清偿的全部债务。

2. 某酒店的股东陈涛、张刚玉、杨艳军在本案中的责任。陈涛、

张刚玉、杨艳军是某酒店的股东，亦是该公司的清算义务人，应对该公司承担清算义务。尽管沈青平主张清算义务人陈涛、张刚玉、杨艳军存在侵害其债权的行为，但沈青平并未举证加以证明，其主张缺乏事实和法律依据，法院不应当支持。

26. 借款合同纠纷的管辖权如何确定？

【案情】

段东渐与易纲原为同事关系。段东渐身份证住址为甲市乙区，1995年1月1日至1995年12月31日期间，段东渐的经常居住地为丙市丁区（有有关单位的证明）。易纲的身份证住址为丙市丁区，自1999年9月1日起至2004年12月止经常居住地在甲市乙区。1995年9月1日，易纲向段东渐借款，段东渐按易纲指定将借款50万元汇入某公司的账户。同日，易纲向段东渐出具了一份《收据》，该收据内容显示："兹收到段东渐先生人民币伍拾万元，月利率25‰，此据，收款人易纲。"1999年9月21日、2002年2月11日、2003年6月26日、2004年8月17日，易纲的弟弟义家某分别代易纲偿还段东渐借款10万元、借款1万元、利息3万元、借款1万元，段东渐分别出具了收条给易纲。2004年5月8日，义家某还以汇款的方式代易纲偿还段东渐借款2万元。此后，段东渐以易纲未偿还其尚欠借款为由，向丙市丁区法院提起诉讼，请求法院判决易纲偿还借款本金50万元并支付利息1128585元。

【争鸣】

■原告段东渐提出，段东渐与易纲之间的民间借贷纠纷属于借款合同纠纷。根据《民事诉讼法》第23条规定，因合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖。因段东渐与易纲双方未约定合同履行地，则应确定出借方（贷款方）所在地为合同

的履行地。段东渐提供的某工商银行的证明及文件均可证明在借款发生日即1995年9月1日，丙市丁区是段东渐的所在地，故本案的合同履行地是在丙市丁区，段东渐有权选择在原告的住所地或合同履行地法院提起诉讼。

■被告易纲提出，自己的身份证地址虽为丙市丁区，但其自1999年9月1日起经常居住地在甲市乙区，居住已满5年，本案应由甲市乙区法院管辖，请求丙市丁区法院将本案移送至甲市乙区法院管辖。



【律师点评】

民事诉讼管辖制度是民事诉讼法的一项基础性制度。随着我国的改革开放和社会主义市场经济的快速发展，市场主体数量的增加，居民生活水平的提高，人们经济活动和交往的频率大大提高，空间不断扩展，由此引发的跨县区、地（市）区和省区的民事纠纷案件数量大幅度增加。本案主要涉及的问题有两个：一、借款合同的管辖权是如何规定的；二、在没有约定合同履行地的情况下，原告的住所地是否可作为合同履行地？

关于第一个问题。所谓管辖权，是同级人民法院对各类一审案件行使审判权的分工。管辖权分为级别管辖和地域管辖、移送管辖和指定管辖等。本案涉及的为地域管辖中的合同纠纷管辖权问题。地域管辖，又称土地管辖或区域管辖，是指确定同级人民法院之间受理第一审民事案件的分工与权限。地域管辖是在级别管辖确定的基础上划分同级法院之间审理一审民事案件权限问题。现行民事诉讼地域管辖的确定，主要考虑两个因素：一是根据行政区划；二是根据当事人或诉讼标的和人民法院的关系。根据民事诉讼法的规定，地域管辖可以分为一般地域管辖、特殊地域管辖、专属管辖和协议管辖四种。除专属

管辖外，其他管辖中被告住所地的法院对案件均有管辖权。总体上体现了一种以“原告就被告”为原则，“被告就原告”为例外，兼顾民事法律关系发生、变更、消灭的法律事实所在地来确定管辖权的立法思想。关于地域管辖中的合同纠纷管辖权，《民事诉讼法》第23条规定：“因合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖。”第34条规定：“合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。”

关于第二个问题。在双方当事人对合同履行地没有约定的情况下，如何确定借款合同的履行地？对此，法律没有明确的规定，只有最高人民法院于1993年11月17日对山东省高级人民法院的一个请示的批复，最高人民法院在《关于如何确定借款合同履行地问题的批复》中答复：“合同履行地是指当事人履行合同约定义务的地点。借款合同是双务合同，标的物为货币。贷款方与借款方均应按照合同约定分别承担贷出款项与偿还贷款及利息的义务，贷款方与借款方所在地都是履行合同约定义务的地点。依照借款合同的约定，贷款方应先将借款划出，从而履行贷款方所应承担的义务。因此，除当事人另有约定外，应确定贷款方所在地为合同履行地。”

本案为借款合同纠纷，根据法律的规定，有权选择住所地或合同履行地人民法院管辖。易纲认为其自1999年9月1日起经常居住地在甲市乙区，应由甲市乙区人民法院管辖是没有依据的。在此，段东渐作为原告，有权选择合同履行地人民法院管辖，主动权在于原告而非被告。在合同履行地没有约定的情况下，依据相关的规定，应由所在地为合同履行地。原告段东渐的身份证地址虽在甲市乙区，但在借款发生时，原告段东渐经常居住地在丙市丁区，故丙市丁区是原告段东渐的所在地，丙市丁区人民法院对本案具有管辖权。

27. 在投资入股未兑现情况下，投资人是否可以以投资款转变为借款为由要求返还？

【案情】

1998年11月16日，某实业公司成立，注册资本100万元，股东为卞北朝、卞家剑和崔超宏三人。1999年7月1日，鲁国明与卞北朝、卞家剑和崔超宏及某实业公司曾口头约定鲁国明入股某实业公司，鲁国明在增资扩股后占股权的6.67%，但双方未约定履行期限，亦未签订书面的入股协议书。当日，鲁国明支付给某实业公司20万元，某实业公司向鲁国明出具了收款收据，收据内容为“收到鲁国明20万元人民币”；收据理由栏写明系“入股某实业公司”。此后，鲁国明曾以董事身份参与某实业公司的经营管理，但没有领取过某实业公司支付的报酬或红利。2002年4月22日，经工商行政管理机关核准，某实业公司的注册资本增加至300万元，各股东出资额亦相应增加，但股东仍为卞北朝、卞家剑和崔超宏三人；此后，鲁国明未参与某实业公司的经营管理。鲁国明认为，1999年7月1日他付款20万元给某实业公司时系增资款，2002年4月某实业公司进行了工商变更登记，其知道自己未成为某实业公司的股东后，该款已转化为借款，故向某实业公司主张要求返还借款并支付相应的利息。某实业公司则称鲁国明于1999年7月1日所付款20万元自始至终为投资款，不同意偿还。鲁国明遂于2003年2月26日向法院提起诉讼，请求某实业公司返还借款20万元并支付利息4万元。

【争鸣】

■原告鲁国明提出，在鲁国明投资入股某实业公司后，某实业公司的各股东有义务在合理期限内与鲁国明签订有关协议并向公司登记管理机关申请股东变更登记，但某实业公司的各股东至今仍未履行此项义务，已构成根本违约，因此某实业公司应当返还鲁国明的出资款。

■被告某实业公司提出，收到鲁国明的出资款是事实，鲁国明虽未在工商局登记成为股东，但事实上其享有股东的权利，因此鲁国明的诉讼请求应依法予以驳回。



【律师点评】

本案主要涉及的问题是在投资入股未兑现情况下，投资人是否可以以投资款转变为借款为由要求返还？在本案中，1999年7月1日，鲁国明与卞北朝、卞家剑和崔超宏及某实业公司口头达成协议时，鲁国明在投资协议主体上是没有问题的，鲁国明所交的20万元在各方的意思表示中也是投资款，这一点鲁国明与某实业公司均没有异议。但在此后的过程当中，鲁国明与卞北朝、卞家剑和崔超宏既没有达成书面的投资协议，也没有依法到工商行政管理部门申请股东变更登记，可见双方并没有履行有关入股协议和承诺。在此情况下，鲁国明主张其投资款转为借款是没有依据的。因为投资款转变为借款需要双方的合意，只有鲁国明一方的“一相情愿”是无法转变的。因此，法院应当认定双方在法律关系上为投资关系。

在本案中，原告鲁国明和各股东既已约定入股，某实业公司也已收取鲁国明的出资款，则鲁国明和各股东有义务在合理期限内签订有

关协议并向公司登记管理机关申请股东变更登记。但是，某实业公司各股东至今仍未履行此项义务，某实业公司已构成根本违约，鲁国明可行使解除权并请求返还出资款，但是在本案中，鲁国明并未提出此项请求，所以法院不予处理。

本案在法律关系上为投资关系，而鲁国明主张为借款关系，那么接下来的问题是法院应否行使释明权？关于释明权，最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第35条规定：“诉讼过程中，当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力与人民法院根据案件事实作出的认定不一致的，不受本规定第三十四条规定的限制，人民法院应当告知当事人可以变更诉讼请求。当事人变更诉讼请求的，人民法院应当重新指定举证期限。”第34条规定：“当事人应当在举证期限内向人民法院提交证据材料，当事人在举证期限内不提交的，视为放弃举证权利。对于当事人逾期提交的证据材料，人民法院审理时不组织质证。但对方当事人同意质证的除外。当事人增加、变更诉讼请求或者提起反诉的，应当在举证期限届满前提出。”对法院如何告知的问题，实务界有不同的观点。有一种观点认为，法院应明确告知当事人案件的法律关系的性质或者法律行为的效果是什么，并告知当事人可以变更诉讼请求。因为明确告知当事人后，当事人就会有的放矢地决定是否改变自己的诉讼请求，这对其诉讼权利的保护很有利。另一种观点认为，在法院行使释明权时，只应告知当事人本案的法律关系的性质还有另一种可能，法律行为的效力还可能有其他结果，而不应具体明确告知案件的法律关系的性质或者法律行为的效果是什么，由当事人决定是否变更诉讼请求。因为在法官作出明确的法律性质或法律行为的效果认定后，有可能产生审委会否决合议庭意见的认定，损害法庭的严肃性和法律的权威性；二是案件没有审理完毕，合议庭不能对案件事实作出认定，否则会影响法官的中立地位。对此，笔者同意第二种观点。在本案中，法院根据当事人的主张和已查明的事实

作出驳回诉讼请求的判决是正确的。但笔者认为，本案中存在当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力与人民法院根据案件事实作出的认定不一致的情况，法院可以向鲁国明行使释明权，由当事人选择是否变更诉讼请求，如选择变更诉讼请求，则可另行指定举证期限，避免当事人因本案败诉后再另行起诉的讼累，则效果更好。

28. 借款合同的债权人将自己的债权转让给第三人能否得到支持?

【案情】

北京轻盈塑料制品公司向沈之中借款50万元，双方签订了《借款合同》。后北京轻盈塑料制品公司法定代表人温文个人向沈之中归还了该笔借款，沈之中于是将50万元债权转让给温文，公司随后也出具了《承诺函》，对向沈之中借款的事实予以确认。温文根据债权已经转让的事实要求公司归还50万元欠款，经多次协商未果，温文向当地人民法院起诉，要求北京轻盈塑料制品公司归还50万元借款。

【争鸣】

■ 原告温文提出，自己作为个人向沈之中归还了借款，沈之中将50万元的债权转让给他，转让完成后，他就成为新的债权人，因此公司应当归还借款50万元。

■ 被告北京轻盈塑料制品公司提出，自己是否向沈之中借款不清楚，对于盖有公司公章，并有温文等公司董事会成员签名的《承诺函》不予认可。



【律师点评】

本案的主要焦点在于债权转让的问题。所谓债权转让，是指不改

变债的关系的内容，债权人将其债权移转于第三人享有的现象。债权人可以将债权全部转让给他人，也可以仅转让债权的一部分。债权的转让是债的主体变更的一种形式，它是在不改变债的内容的情况下，债权人本身的变更。债的转让有如下特征：债权让与具有非要式性；债权让与具有无因性，债权让与是基于各种各样的原因而产生的，可能基于买卖、赠与，也可能是代物清偿，但不论其原因为何及其有效与否，对于债权让与合同的效力并无直接影响；债权让与是处分行为，要求让与人就该债权必须具有处分权限和处分能力。

我国《合同法》第79条规定："债权人可以将合同的权利全部或者部分转让给第三人，但有下列情形之一的除外：（一）根据合同性质不得转让；（二）按照当事人约定不得转让；（三）依照法律规定不得转让。"第80条规定："债权人转让权利的，应当通知债务人。未经通知，该转让对债务人不发生效力。债权人转让权利的通知不得撤销，但经受让人同意的除外。"

根据上述规定，债权转让的构成要件如下：第一，应当有有效的债权存在。债权转让，须以债权的有效存在为前提，所以转让的债权应当是为法律所认可的具有法律上约束力的债权。若债权人让与的债权为无效或不存在，则债权转让也无从谈起。第二，债权转让须转让人与受让人之间达成协议，债权转让为处分行为，转让人应真正享有该债权且具有处分能力，同时转让人与受让人之间应当对债权转让事项达成合意。第三，债权转让中的债权须具有可让与性。对于法律规定不得转让、根据债权性质不得转让和当时约定不得转让的债权，债权人不得将其转让给他人。第四，债权转让须合法且不得损害社会公共利益。债权转让须合法是指债权转让的内容与形式必须符合法律规定。同时债权转让还需要遵守社会公共利益，如果债权转让违背了社会公共利益，则该转让行为无效。第五，债权转让须通知债务人。否则，债权转让对债务人不发生效力。债权转让需要通知债务人，但不

必征得债务人的同意。一旦通知到债务人，则权利的转让发生效力；未通知，该转让对债务人不发生效力，债务人仍然可以向原债权人履行义务。

本案中，沈之中将债权转让给第三人符合上述法律规定的债权转让的构成要件，具体分析如下：

首先，北京轻盈塑料制品公司向沈之中借款的事实可以通过《借款合同》和《承诺函》得到证明，《借款合同》有北京轻盈塑料制品公司法定代表人签名和财务章，而《承诺函》上有北京轻盈塑料制品公司法定代表人签名和公司公章，因此北京轻盈塑料制品公司与沈之中借款的事实真实、合法，应当得到法律保护。

其次，根据《合同法》第79条的规定，作为债权人的沈之中可以将其债权转让给第三人。

再次，根据《合同法》第80条的规定，债权人可以转让债权，但同时也需要遵循一定的规则，即债权人转让债权时应当通知债务人。本案中，沈之中将其债权转让给温文，而温文又是北京轻盈塑料制品公司的法定代表人，依据相关法律规定，代表法人行使职权的是法定代表人，因此应当视为已经通知了北京轻盈塑料制品公司。

综上所述，债权人沈之中向温文转让债权的行为符合相关法律规定，债权转让后，温文即取得了要求债务人北京轻盈塑料制品公司偿还借款的权利。

29. 债权人仅提供借据复印件的，能得到法院支持吗？

【案情】

范宏向罗旭借款1万元，并且给罗旭出具了借据。因借款到期后已经过了较长的一段时间，罗旭向范宏催还借款时，范宏矢口否认。二人争执不下，罗旭便向当地人民法院起诉，要求范宏返还自己的借款1万元。罗旭向法院提交了借据的复印件，称原件由于时间较长丢失了。

【争鸣】

■ 原告罗旭提出，由于范宏向其借款的时间已经很久了，自己不慎将借据原件丢失，但是复印件确实与原件是一致的，范宏应当向自己偿还借款1万元。

■ 被告范宏的代理人提出，原告罗旭仅出具了借据的复印件，没有出示原件，范宏对此复印件又不予承认，因此根据相关法律的规定，该借据复印件不能证明范宏向罗旭借款1万元的事实。



【律师点评】

《中华人民共和国民事诉讼法》第63条规定："证据包括：（一）当事人的陈述；（二）书证；（三）物证；（四）视听资料；（五）电子数据；（六）证人证言；（七）鉴定意见；（八）勘验笔录。证据必须查证属实，才能作为认定事实的根据。"其中，书证是指以文字、

符号、图形等形式所记载的内容或表达的思想来证明案件事实的证据。其之所以被称为书证，是由于它具有以下两个特征：一、它的外观呈书面形式。这种书面表现形式是多种多样的，既有书写的、答应的，也有刻制的；既有纸张的，也有竹木、布料、石块的等。二、它所记载或表示的内容能够证明案件事实，这也是书证最根本的特征。日常生活中，书证的具体表现形式有文书、商标图案、合同、票据等。本案中，原告罗旭提供的借据复印件属于书证，即以其文字所表述的内容来证明自己提出的事实。

《中华人民共和国民事诉讼法》第70条规定："书证应当提交原件。物证应当提交原物。提交原件或者原物确有困难的，可以提交复制品、照片、副本、节录本。提交外文书证，必须附有中文译本。"根据该条规定，原告罗旭应当向法院提交借据原件。

最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第78条规定："证据材料为复制件，提供人拒不提供原件或原件线索，没有其他材料可以印证，对方当事人又不予承认的，在诉讼中不得作为认定事实的根据。"本案中，原告罗旭提供的是借据的复印件，同时罗旭也没有其他材料可以印证范宏向其借款的事实，而被告范宏又不予承认借据复印件的真实性，因此，罗旭提交的该借据复印件不能作为认定本案事实的根据，不能证明范宏向其借款的事实，根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第2条的规定："当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。"因此法院不会支持原告罗旭的诉讼请求，应当判决驳回罗旭的诉讼请求。

30. 借款关系是否已经超过诉讼时效?

【案情】

赵卢龙与季明系朋友关系，2003 年 1 月，赵卢龙以做生意需要周转资金为由向季明借款 6 万元，赵卢龙向季明出具了一张借条，约定 2003 年 6 月 1 日前归还借款。但是 2003 年 5 月 15 日，赵卢龙全家迁往外地，从此杳无音讯。2006 年 1 月，季明向当地人民法院提起诉讼，要求赵卢龙偿还借款 6 万元。法院审理过程中，季明向法官提供了赵卢龙出具的借条，但没有提供任何曾向赵卢龙索要欠款的证据。

【争鸣】

■ 原告季明提出，赵卢龙向自己借款 6 万元，并且出具了借条，二者之间的借贷关系依法成立，赵卢龙没有按照借条上约定的时间还款。由于其全家迁往外地，无法与其取得联系，因此向法院起诉，要求赵卢龙偿还自己的欠款 6 万元。

■ 被告赵卢龙提出，自己向季明借款 6 万元属实，但是自己向季明出具的借条规定的归还时间为 2003 年 6 月，但直到 2006 年 1 月，季明才向法院起诉要求偿还借款，此时已经超过法律规定的两年诉讼时效，因此自己可以不承担偿还借款的义务。



【律师点评】

本案的焦点是诉讼时效问题，诉讼时效是指权利人在法定期间内不行使权利即丧失请求人民法院予以保护的权利。诉讼时效的中断是指已经开始的诉讼时效因发生法定事由不再进行，并使时效期间重新计算的情况。诉讼时效的中止是指在诉讼时效进行期间，因发生法定事由阻碍权利人行使请求权，诉讼时效依法暂时停止进行，并在法定事由消失之日起继续进行的情况。诉讼时效期间是权利人向人民法院或仲裁机关请求保护其民事权利的法定有效期间。在法定有效期间内，权利人行使其合法权利的，法律就应当予以保护；超过了法定有效期间，权利人的合法权利不再受法律的保护。

本案中，根据借条的约定，赵卢龙的还款期限为2003年6月1日前，到期不还，季明的合法权利已经受到侵害。《中华人民共和国民法通则》第137条规定："诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起计算。但是，从权利被侵害之日起超过20年的，人民法院不予保护。有特殊情况的，人民法院可以延长诉讼时效期间。"根据上述规定，从赵卢龙未按期归还借款之次日起即2003年6月2日，诉讼时效开始起算。

《中华人民共和国民法通则》第135条规定："向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为2年，法律另有规定的除外。"该条规定的是一般诉讼时效，又称为普通诉讼时效，是指民法上统一规定的适用于没有特殊诉讼时效期间规定的各种民事关系的诉讼时效期间。第136条规定："下列的诉讼时效期间为1年：（一）身体受到伤害要求赔偿的；（二）出售质量不合格的商品未声明的；（三）延付或者拒付租金的；（四）寄存财物被丢失或者损毁的。"本案不属于《中华人民共和国民法通则》第136条规定的特殊情况，因此应

当适用第135条的规定，即借款的诉讼时效为2年。诉讼时效从2003年6月1日起算到2005年5月31日届满，而季明向法院起诉要求赵卢龙归还借款的时间为2006年1月，已经超过了两年的诉讼时效。

《中华人民共和国民法通则》第139条规定："在诉讼时效期间的最后6个月内，因不可抗力或者其他障碍不能行使请求权的，诉讼时效中止。从中止时效的原因消除之日起，诉讼时效期间继续计算。"第140条规定："诉讼时效因提起诉讼、当事人一方提出要求或者同意履行义务而中断。从中断时起，诉讼时效期间重新计算。"上述规定是关于诉讼时效中止和中断的规定，发生上述情况时，诉讼时效依法中止或者中断。本案中，如果季明起诉赵卢龙要求其还款发生在2005年5月31日前，则根据《民法通则》第140条的规定，诉讼时效中断，诉讼时效重新起算。但实际上由于季明在诉讼时效期间没有积极行使权利，因而没有发生能够使诉讼时效中止和中断的情形。

综上所述，由于季明起诉要求赵卢龙偿还欠款已经超过了诉讼时效，因此季明丧失了实体上的胜诉权，法院也无法支持其诉讼请求。

31. 借款人还款后得知债务已逾诉讼时效，起诉要求债权人返还能得到支持吗?

【案情】

2005 年 1 月 14 日，某村村民谢欣然以做生意资金周转不灵为由向同村的胡建国借款 9500 元，并向胡建国出具借据一张，其中约定还款期限为 3 个月。还款期限届满后，谢欣然没有按照借条约定履行还款义务，胡建国对此也一直没有在意，从未催促谢欣然还款。2008 年 4 月，因胡建国急需用钱，遂多次向谢欣然提起要求其尽快还款，谢欣然便于 4 月底将 9500 元全数还给胡建国。还款后，谢欣然无意中听别人说起债务过了诉讼时效便可以不还，谢欣然后悔不已，越想越觉得自己亏了，遂于 5 月初向当地法院起诉，要求债权人胡建国返还其已经偿还的 9500 元。

【争鸣】

■ 原告谢欣然提出：其确实曾向胡建国借款 9500 元，借款时间为 2005 年 1 月 14 日，其后胡建国一直未向其提出还款的要求，直到 2008 年 4 月，胡建国才要求其还款，此时债务已经超过诉讼时效，本来完全有理由不还给胡建国，但是鉴于已经将 9500 元借款全数返还给胡建国，所以要求胡建国再将 9500 元返还。

■ 被告胡建国提出：谢欣然向其借款的事实有借据为证，无论什么时候谢欣然都应当将借款返还。谢欣然无端挑起诉讼，并且提出将已经返还的 9500 元再还回去的无理要求，法院不应该支持。



【律师点评】

本案涉及的主要问题是诉讼时效问题。所谓诉讼时效，是指权利人在法定期间内不向人民法院或仲裁机构请求保护民事财产权利，就丧失了请求人民法院依诉讼程序强制义务人履行义务的权利的法律制度。可见，诉讼时效期间是权利人向人民法院或仲裁机关请求保护其民事权利的法定有效期间。在法定有效期间内，权利人行使其合法权利的时候，法律就予以保护；超过了法定有效期间，权利人的合法权利就不再受法律的保护。

诉讼时效的法律特征表现在：一、强制性。民法关于诉讼时效的规定属于强制性规定，不得由当事人依自己意思予以排除，时效期间不得由当事人协议予以加长或缩短，时效利益不得由当事人预先予以抛弃。当事人关于排除时效适用、变更时效期间或预先抛弃时效利益的约定，依法当然无效。二、普遍性。除法律规定的情形外，诉讼时效适用于各种民事法律关系。

我国相关法律和司法解释对诉讼时效、诉讼时效的中止、中断及超过诉讼时效后如何处理等都有非常详细的规定。

对于诉讼时效的问题，《中华人民共和国民法通则》第135条规定："向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为2年，法律另有规定的除外。"

对于诉讼时效中止、中断的问题，《中华人民共和国民法通则》第139条规定："在诉讼时效期间的最后6个月内，因不可抗力或者其他障碍不能行使请求权的，诉讼时效中止。从中止时效的原因消除之日起，诉讼时效期间继续计算。"第140条规定："诉讼时效因提起诉讼、当事人一方提出要求或者同意履行义务而中断。从中断时起，诉讼时效期间重新计算。"

对于超过诉讼时效后如何处理的问题，《中华人民共和国民法通则》第 138 条规定："超过诉讼时效期间，当事人自愿履行的，不受诉讼时效限制。"最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第 171 条规定："过了诉讼时效期间，义务人履行义务后，又以超过诉讼时效为由翻悔的，不予支持。"

本案中，谢欣然于 2005 年 1 月 14 日向胡建国借款 9500 元，约定于 3 个月内归还，即 2005 年 4 月 14 日前偿还。还款期间届满后，谢欣然没有还款，胡建国也没有催促。在这种情况下，根据《中华人民共和国民法通则》第 139 条和第 140 条的规定，没有发生诉讼时效中止或者中断的情况，则到 2007 年 4 月 14 日，谢欣然的债务已经超过了两年的诉讼时效。

在超过诉讼时效的情况下，谢欣然可以不偿还借款，但是其自愿于 2008 年 4 月向胡建国偿还了债务，根据《中华人民共和国民法通则》第 138 条和最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第 171 条的相关规定，谢欣然的诉讼请求于法无据，法院不会予以支持。

32. 借款人不承认他人代签借条的，如何处理？

【案情】

古成竹与经营家电的个体户钱展演存在业务往来关系，古成竹一直给钱展演供货。2006年2月至10月间，古成竹以经营资金短缺为由先后4次向钱展演借款合计63000元，由古成竹出具借条，共有4张借条，其中两张金额总计35000元的借条为古成竹亲笔签名，另外两张价款总计28000元的借条由古成竹的弟弟古成军在落款处以古成竹的名义代签。2007年1月，钱展演多次与古成竹交涉还款之事，古成竹表示2份由自己亲笔签名的借条可以还钱，但对于其弟以其名义代签的另外两张借条他不能承担还款义务。二人因此发生争议，钱展演于是向人民法院起诉，要求法院判令古成竹、古成军兄弟二人立即偿还63000元借款。

【争鸣】

■ 钱展演提出，古成竹与其素有业务往来关系，因此古成竹称自己经营资金短缺时，其同意向其借款。古成竹向自己借款共计63000元，并先后出具了合计63000元的4张借条，足以证明双方之间的借贷关系，虽然其中两张借条是由其弟代签的，但其弟当时表示是古成竹同意的，但鉴于古成竹与古成军兄弟二人后来对此说法不一，因此古成竹和古成军二人应当共同依法承担偿还63000元的责任。

■ 古成竹提出，对于钱展演出具的4张借条，其中2张是自己亲

笔签字的，但另外2张不是自己亲笔签字，对于原告提出其弟古成军代签另外2张借条是自己同意的，其不能认同，因此没有自己亲笔签字的2张借条是其弟古成军擅自以自己的名义签署的，应由其弟自行承担偿还责任。

■ 古成军提出，对于价款总计28000元的2张借条是哥哥古成竹口头通知自己可以代签的，所以63000元应当全部由古成竹承担，自己不应当承担。



【律师点评】

最高人民法院《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第14条规定："行为人以借款人的名义出具借据代其借款，借款人不承认，行为人又不能证明的，由行为人承担民事责任。"从该条规定不难看出，本案中，借款63000元究竟是应当由古成竹承担偿还责任，还是应当由古成军承担偿还责任，关键在于古成军在借款总计28000元的2张借条上代哥哥古成竹签字的行为是古成竹授权或者同意的还是古成军的个人行为。

民事诉讼遵循"谁主张，谁举证"的一般原则。《中华人民共和国民事诉讼法》第64条第1款规定："当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。"最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第2条规定："当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。"

在本案中，古成军承认自己在借款总计28000元的2张借条上代哥哥古成竹签字，原因是哥哥古成竹口头通知其，让其代签，但是古

成军没有提出任何证据证明他的上述主张，那么根据《中华人民共和国民事诉讼法》第64条第1款、最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第2条和最高人民法院《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第14条的规定，古成军应当承担偿还24000元借款的责任。

俗话说"亲兄弟，明算账"，手续一定要"清爽"。否则，因平时的疏忽，一旦形成法律纠纷、对簿公堂，在无法提供有效证据时，往往会产生诸如本案中的欠款事实、责任主体等方面的争议纠缠，当事人很有可能将要为其法制意识的淡薄和疏忽而耗时费力地打起"疲劳"官司、"徒劳"官司，或者"连锁官司"、"马拉松官司"，并为其法制意识的淡薄和疏忽而付出"理单"的代价。

33. 借款人能否以手机短信来证明自己已经还款的事实?

【案情】

2004年7月26日，蒋叶梅向季明借款10000元，并出具了借条，约定还款期限为2004年12月。2005年5月，季明向人民法院提起诉讼，称：蒋叶梅借款一直未还，自己几次向其索要，蒋叶梅均借故推托，现请求人民法院依法判决蒋叶梅归还借款。蒋叶梅在庭上答辩称：借款已于2004年12月25日偿还。由于还款时季明称借条不在身边，以后再还给蒋叶梅，故当时蒋叶梅未能取回借条。事后，两人因其他事情发生冲突，季明以借条为据，要求重新偿还借款。蒋叶梅当庭展示了手机上储存的季明发送的短信，内容为："借条还在我这里，过两天就还给你。钱你已经还了，放心，我不会再向你要了！"

【争鸣】

■原告季明的代理人提出，手机短信不是法律规定的合法的证据，其真实性无法保证。被告将其作为证据使用，不具有证明借款已经偿还的法律效力。

■蒋叶梅提出，手机短信的真实性是可以证明的，法律也没有禁止手机短信作为证据使用。自己保存的季明发送的短信足以证明借款已经偿还。



【律师点评】

本案的关键在于蒋叶梅在法庭上出示的手机短信能否作为证据使用，如果能够作为证据使用，则蒋叶梅反驳季明的主张有相应的证据支持，如果不能作为证据使用，则蒋叶梅主张自己已经还款无法得到法律支持。

证据有几种法定形式，《民事诉讼法》第63条规定："证据包括：（一）当事人的陈述；（二）书证；（三）物证；（四）视听资料；（五）电子数据；（六）证人证言；（七）鉴定意见；（八）勘验笔录。证据必须查证属实，才能作为认定事实的根据。"

但随着社会的发展，一些新的证据形式开始出现并在诉讼中得到应用。手机短信息就是其中之一。所谓手机短信息，是随着通信技术的发展以及信息网络的建立和完善而出现的一种通过电信运营商的信号网络进行传输的数字化通信方式。它在人们的日常生活中广泛应用并出现在诉讼活动中。手机短信能否作为证据使用，是法律面临的一个新问题。

判断手机短信能否作为证据采用，必须考察其是否具备证据的客观性、关联性、合法性。

首先，证据的客观性，是指证据作为已发生的案件事实的客观遗留，是不以人们的主观意志为转移的客观存在。

手机短信作为移动通信营运商信号网络连接的一种新型通信方式，其主要工作原理是把人们所表达的意思转化为数字信号，并通过信号网络传输至对方手机，呈现在对方的手机屏幕上，因此互无"真迹"，一个指令也可轻易地修改或删除，从而有人对手机短信的客观性提出质疑。但易删改的特性并不能否定手机短信的客观性，能够证明案件真实情况的数字化形式的手机短信毫无疑问是客观存在，不是无法感知的虚幻的东西。在网络信号正常的情况下，手机短信一

旦由发出方发出，即在接收方的手机上有直观显示，并在移动通信营运商的服务器上有相应的记录。

而且，从修改手机短信的技术难度来看，对于一般手机用户来说，直接在手机的短信收件箱中删改信息不太可能。因收件箱中的手机短信息是只读文件，不能直接在收件箱中删改。如果以另存编辑方式修改信息内容，则会改变该信息的位置，如转移到草稿箱或发件箱中，不可能仍停留在收件箱。从一条手机短信的基本内容来看，存储于收件箱的信息均带有发信人名称、发信人的手机号码、发信时间等具体资料，而且移动运营商的操作系统中也有相应记录。

其次，证据的关联性，是指证据必须与需要证明的案件事实或其他争议事实具有一定的联系。换言之，一个证据必须有助于证明案件事实或其他争议事实，因此关联性又可以称为证据的“证明性”。

手机短信的另一个显著特点就是对应性。每一个手机号码均对应一个唯一的用户，手机短信的收发只能在特定的两个手机号码之间进行，也即是特定的两个手机用户之间进行，这种对应关系可以由移动通信营运商与用户的服务协议来证明。在没有其他相反证据的情况下，两个特定的手机号码之间的短信收发行为可认定为两个特定的用户之间在特定的时间发生的通信行为。

再次，证据的合法性，是指提供证据的主体、证据的形式和证据的收集程序或提取方法必须符合法律的有关规定。

从以上分析来看，手机短信具备证据的“三性”，即客观性、关联性和合法性，因此是可以作为证据使用的。但与此同时也应当看到，从技术的角度来看，手机短信毕竟存在被伪造、篡改后不留痕迹，同时受环境、技术的影响容易出错的可能，所以应将手机短信归入间接证据的范畴。所谓间接证据是指与案件主要事实有间接联系的材料，只能佐证与案件有关的个别情节或片断，而不能直接证明案件的主要事实。但把若干间接证据联结起来，经过综合分析和推理，对

于查明案件主要事实也具有十分重要的作用。因此，对手机短信应结合全案的其他证据来综合判断其证据效力。

在本案中，蒋叶梅所提供的手机短信是储存在其手机上的信息，是不以人的意志为转移的客观存在，具有证据的客观性。蒋叶梅所提供的手机短信内容是关于债权债务的处理，而且信息发出方的号码正是季明的手机号码。由此看来，手机短信与本案事实的关联性是毋庸置疑的。同时，蒋叶梅所提供的证据是自己的手机上储存的信息，并在庭审时当庭展示。因此，本案中的手机短信是适格证据，具有证据效力。而且，蒋叶梅提供的手机短信与季明提供的借条相互印证，因而构成一条完整有效的证据锁链，证明了蒋叶梅欠款已还的法律事实。



34. 欠条未明确年份的，应当如何处理？

【案情】

沈之殿经营一家超市，与郭庆洲在生意上有往来。郭庆洲因资金周转紧张，向沈之殿借款5万元。考虑到双方多年的合作关系，沈之殿没有拒绝。借款到期后，沈之殿找到郭庆洲要求偿还欠款。郭庆洲称最近生意不好，请求宽限一些时日，双方约定12月底归还，并在欠条上注明“12月底归还”字样。但一直到2003年10月，郭庆洲仍未归还欠款。沈之殿以欠条为据，向人民法院提起诉讼，要求郭庆洲偿还借款本息。

【争鸣】

■ 原告沈之殿提出，2000年6月3日，郭庆洲因缺钱向我借款5万元，并出据欠条一张，但欠条上只写了“6月3日”，未写年。次年催收时，郭庆洲在欠条的右上角写明“12月底归还”。但郭庆洲到期仍不还款，请求判令郭庆洲归还借款本金5万元及支付逾期利息。

■ 被告郭庆洲提出，借款是在2000年6月3日，“12月底归还”也写于2000年，沈之殿的起诉已超过2年诉讼时效，请求判决驳回其诉讼请求。



【律师点评】

在本案中，郭庆洲出具的欠条和后来加注的承诺还款的时间，都

没有注明年份。借款人郭庆洲认为沈之殿向自己主张还款的时间是2000年12月底，催收约定的还款时间距起诉时间已经超过两年，已经超过了诉讼时效。而沈之殿认为自己向郭庆洲催款约定的还款时间是2001年12月底。我国《民法通则》第135条规定："向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为2年，法律另有规定的除外。"因此如果催收约定的还款时间是2000年12月底，则本案已经超过诉讼时效，沈之殿的诉讼请求应当被驳回，但如果郭庆洲承诺的还款时间是2001年12月底，则本案没有超过诉讼时效。那么应当支持沈之殿主张的2001年12月底，还是郭庆洲主张的2000年12月底呢？

郭庆洲在欠条上加注的"12月底归还"没有写"年"，能否据此认为当事人约定的债务履行期限不明确，根据《合同法》第62条第4项"履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时要求履行，但应当给对方必要的准备时间"的规定，认为沈之殿随时可以要求郭庆洲还款，郭庆洲以时效抗辩的理由不能成立呢？《合同法》第62条规定："当事人就有关合同内容约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，适用下列规定……"可见，适用第62条的前提是"依照第六十一条仍不能确定时"。而《合同法》第61条规定："合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。"《合同法》第206条也规定："借款人应当按照约定的期限返还借款。对借款期限没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，借款人可以随时返还；贷款人可以催告借款人在合理期限内返还。"故当借款期限没有约定或约定不明确时，先要依据"合同有关条款或交易习惯"来确定，而不能直接得出债权人可以随时主张权利的结论。本案的"交易习惯"就是书写习惯。按照书写习惯，两个时间写在一起而都只写月、日而无"年"时，这两个时间一般发

生在同一年；如果不是同一年，应当加以区分，这是生活常识。郭庆洲在出据欠条时没有写“年”，沈之殿在催收时郭庆洲也没有写“年”，按照习惯，还款与借款的时间一般是同一年。否则，出借人自应要求借款人写明“2001”，正是因为发生在同一年，才会都省略书写“年”，这种写法符合书写习惯。沈之殿已经承认借款时间是2000年，因此催收也应推定是2000年。

沈之殿主张“12月底归还是2001年书写”，系将还款时间确定在2001年12月31日前，引起了合同内容的变更，即还款时间的变更，根据《关于民事诉讼证据的若干规定》第5条“在合同纠纷案件中，主张合同关系成立并生效的一方当事人对合同订立和生效的事实承担举证责任；主张合同关系变更、解除、终止、撤销的一方当事人对引起合同关系变动的事实承担举证责任”的规定，沈之殿应对“2001年书写”承担举证责任。但事实是沈之殿未能举证证明“12月底归还系在2001年书写”。

沈之殿未能证明郭庆洲承诺还款的时间是2001年12月底，而郭庆洲主张的2000年12月底能够得到法律的认可，因此本案已经超过诉讼时效，沈之殿的诉讼请求无法得到法院的支持。

35. 以收条主张借款关系能得到支持吗?

【案情】

2006年5月，原告杜青林持被告江育出具的一份书面凭证到法院起诉，要求被告江育偿还借款12万元及利息18000元，该书面凭证内容为："收到杜青林人民币壹拾贰万元整，年利率15%，江育。"落款时间为2005年4月7日。

【争鸣】

■ 原告杜青林的代理人提出，从收条内容分析，日常的交易习惯，出借人收到借款人所借款额时，不应有利息的约定，故可以认定被告出具的收条实质上为借款借据。

■ 被告江育的代理人提出，原告与被告之间素有经济往来，原告出具的借条并不能证明被告曾向其借款的事实，双方之间的借款关系不成立。



【律师点评】

当事人对自己的诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。原告主张被告借其现金12万元，并要求被告偿还，提供的主要证据为一份收款凭证，凭证上虽注明了利率，但并不因此当然得出双方存在借贷关系的必然结论，而且该凭证并不明确为欠款凭证。之所以如此，是因为本案原告所举的"借条"存在严重缺陷。

一个完整的借据所起的作用并不次于一份十分完备的格式合同，有着十分重要的法律意义。借条是借入人向出借人借取钱物或进行其他民事行为时，向出借人出具的书面凭据。而收条是有法律上的理由予以接收的人接收财物后，给送交人出具的书面凭据。一个完整的借条应当包括四个要件：借债主体、被借主体、所借内容以及归还时间，当然还包括签名及时间等内容；收条则应包括五要件：交纳人、收取人、交付理由、交付内容以及交付时间。这些内容反映在有关正规单位制作的填充式的条据上，使人一目了然，当事人双方的法律关系十分明确。

依一般的社会经验，12 万元对于任何人都算得上是巨款，出借方对借条的重视程度绝不会马虎到如此地步，那张条据连基本的事实都看不出来，怎么能不当即纠正呢？

综合以上考虑，基于证据的要求，法院无法支持原告的诉讼请求。

36. 代签欠条的，还款责任应当由谁来承担？

【案情】

王晓含是某村最大的一家养殖户。王晓含与镇里的一家专营肉类的商店保持着长期的供货关系。2005 年 9 月，王晓含给商店送 100 公斤猪肉，双方未即时结清货款，于是，商店店员郝林给王晓含出具一张欠条，暂欠王晓含猪肉款 1500 元。落款为：某商店。2006 年 1 月，王晓含在多次交涉无果的情况下以郝林为被告提起诉讼，要求郝林支付所欠猪肉款 1500 元。

【争鸣】

■ 王晓含提出，虽然欠条上的落款是某商店，但是，事实是郝林以某商店的名义向自己收购猪肉，拖欠肉款 1500 元。商店只是个名义，真正的债务人是郝林。商店拒绝代其承担还款责任。因此，郝林应当履行债务，偿还欠款。

■ 郝林提出，1500 元欠条是其受雇于某商店期间代某商店所写，自己并非该欠条的债务人，债务人是某商店，欠条的署名也足以证明这一点。王晓含要求自己承担偿还责任，没有事实和法律依据。



【律师点评】

在本案中，王晓含主张落款为某商店的欠条为郝林所写，郝林应支付欠款；郝林承认欠条为自己所写，但认为自己是代某商店书写欠

条，自己不是债务人，不同意支付欠款。而除了欠条之外，当事人双方均未提供其他证据。在这种情况下，谁的主张应当得到支持呢？这主要取决于本案中双方的证据情况，具体分析如下：

首先，王晓含主张真正的债务人是郝林。王晓含举出欠条已经证明的事实是：自己为债权人；欠款额和欠款理由。欠条未证明的事实是：落款为“某商店”名称的欠条为谁所写，即郝林是否是欠条的行为人。鉴于郝林已经认可落款“某商店”的欠条为自己所写，则欠条行为人为郝林。行为人对自己的行为承担责任，这是众所周知的事实。故郝林作为完全民事行为能力的人，应对自己的民事法律行为承担民事责任，即郝林对自己以“某商店”名义所写欠条形成的债务应由自己承担。

其次，郝林认为自己不应对自己出具欠条的行为承担责任，即行为人认为自己对自己的民事法律行为不应承担民事责任，这是行为人郝林为反驳行为相对人又提出的新的诉讼请求所依据的事实。其以新的事实反驳对方的主张应承担举证责任。郝林认为商店才是真正的债务人，他是代商店签的欠条，也就是说他主张王晓含与“某商店”之间买卖关系成立，他与“某商店”之间雇佣关系成立。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第5条规定：“在合同纠纷案件中，主张合同关系成立并生效的一方当事人对合同成立和生效的事实承担举证责任；主张合同关系变更、解除、终止、撤销的一方当事人对引起合同关系变动的事实承担举证责任。……”根据上述规定，郝林应当对其主张的事实予以证明，但是郝林无法证明上述事实。

再次，本案中，郝林书写了落款为“某商店”的欠条，故其为书写欠条的行为人。王晓含持有欠条，是出具欠条行为的相对人。落款“某商店”的欠条本身，只能证明书写欠条行为人使用了“某商店”的名称，并未证明独立于书写欠条行为人和书写欠条行为相对人之外还有单独参加欠条民事法律关系主体的第三人的存在，即并不

能证明“某商店”与书写欠条行为人郝林是分离的主体。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第5条规定：“……对代理权发生争议的，由主张有代理权一方当事人承担举证责任。”《民法通则》第66条规定：“没有代理权、超越代理权或者代理权终止后的行为，只有经过被代理人的追认，被代理人才承担民事责任。未经追认的行为，由行为人承担民事责任。本人知道他人以本人名义实施民事行为而不作否认表示的，视为同意。”根据上述规定，郝林陈述自己是某商店的代写欠条人，有无代理权就应由郝林承担该举证责任。郝林没有举证证明自己有代理某商店的权利，也未证明自己是职务代理行为，即没有证据证明自己是代理他人书写欠条，也没有证据证明他人追认自己书写欠条的行为，那么郝林书写落款为“某商店”的欠条，其本人就为该欠条当事人，由其本人承担该欠条责任。

37. 借贷双方均缺乏确凿证据的，如何处理？

【案情】

农民何伟从1998年起便经营养殖业，由于经营有道，逐渐有了一些积蓄。2000年，何伟办了一家养殖厂并向当地的农村信用社贷款10万元。贷款合同约定：信用社向何伟发放10万元贷款，期限为1年。何伟以其养殖厂的厂房、设备等价值10万元的资产为担保。2001年，贷款期限届满，何伟向信用社提出由于目前养殖厂处于扩大经营规模阶段，资金紧张，希望延长贷款期限。信用社考虑到帮助农民致富是党和国家的一贯政策，也是信用社的职责所在，而且何伟的养殖厂经营状况较好，具有还贷能力，遂同意了何伟的要求。双方另行签订了贷款合同。合同约定：信用社向何伟发放贷款10万元，期限为4年。前后两份合同的编号相同，而且用于抵押财产也相同。同时，信用社考虑到金融机构的内部规定，在新签订的贷款合同中没有注明该合同是对前一份1年期的贷款合同所作的变更，同时，将合同签订日期注明为2000年。2004年年底，贷款期限届满。当信用社通知何伟归还贷款时，何伟却置之不理。经信用社再三催促，何伟仍然拒不还贷。信用社向当地人民法院提起诉讼。

信用社在起诉状中将双方签订贷款合同的过程如实做了陈述，并向法庭提供了两份贷款合同和发放贷款的凭据，但未能就后一份4年期的贷款合同为前一份1年期贷款合同的变更，两者发放的是同一笔贷款提供确凿的证据。何伟正是看中了这一点，早有准备。他希望通过钻法律的空子，赖掉贷款。但何伟也未能就两份合同系同时签订的，针对两笔不同贷款的合同提供相应的证据。

【争鸣】

■ 某信用社提出，何伟为经营需要向本社贷款，后要求延长贷款期限，本社与其另行签订贷款合同，延长贷款期限。但延长的期限届满后，何伟仍以种种理由拒绝偿还贷款，请求人民法院依法判决其履行合同义务。

■ 何伟提出，自己与某信用社在2000年同时签订了两份贷款合同。贷款期限分别为1年和4年，金额都是10万元。合同签订后，信用社如约向自己发放了1年期贷款10万元，但未发放4年期贷款。1年期贷款合同届满后，信用社未要求自己归还贷款，迟至2004年才提起诉讼，已经超过了民事诉讼2年的诉讼时效，因此，请求人民法院驳回信用社的诉讼请求。



【律师点评】

在本案中，信用社主张4年期的贷款合同为1年期贷款合同的变更，两者发放的实际上是同一笔贷款。何伟则主张两份贷款合同相互独立，发放的是两笔不同的贷款。信用社虽然提供了证明贷款关系和发放贷款的事实存在的证据，但未能就两份贷款合同之间存在的变更关系提供相应的证据。而何伟也未就两份合同相互独立提供相应的证据。在这种情况下，应认定哪方主张的事实成立，支持谁的诉讼请求呢？

《民事诉讼法》第64条第1款规定："当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。"最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第2条也规定："当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证

据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。”这就是我们通常所说的民事诉讼中“谁主张，谁举证”的原则。按照该原则，信用社应当对自己主张的事实，即4年期贷款合同实际上是为延长贷款期限而对1年期贷款合同所作的变更，两者针对的是同一笔贷款，承担举证责任。但问题的关键在于，信用社应当在多大程度上证明该事实的存在。如果信用社未能就两份合同的关系提供确凿证据，但根据已有证据，其主张的事实又合乎情理，在法律上能否认定该事实成立，支持其诉讼请求？对此，我们应当看到，法律上认定的事实毕竟不同于客观事实，因为客观事实已经无法再现，它是法官根据已有证据进行合乎逻辑的判断和推理后加以认定的，不可能达到绝对真实的程度。因此，不能要求当事人对其主张的事实承担证明其绝对真实的举证责任。如果在现有证据的基础上，当事人主张的事实合乎情理，具有较高的可信度，就应当在法律上认定该事实，支持当事人基于该事实提出的诉讼请求。



在本案中，何伟主张的事实，即两份贷款合同相互独立，发放的是两笔不同的贷款，存在以下几个疑点：首先，两份合同为何使用同一编号？尽管合同编号并不具备直接的法律意义，但在认定本案中两份合同关联性的问题上应作为重要依据。其次，两份贷款合同用于贷款抵押的财产相同。金融机构对贷款抵押有严格的审查制度，如果两份合同是同时签订的且相互独立，信用社为何同意何伟以价值仅10万元的同一笔财产为两笔10万元的贷款做抵押？再次，何伟称信用社只根据1年期贷款合同向其发放了10万元贷款，而未发放4年期的10万元贷款。那么，其为何一直未要求信用社按照合同约定发放贷款？最后，在1年期贷款合同到期后，信用社在何伟未归还贷款的情况下，为何一直未采取措施追还贷款，而是迟至2004年才向人民法院提起诉讼。作为金融机构，如此怠于履行其基本职责，显然不合情理。返观信用社主张的事实，即4年期的贷款合同为1年期贷款合

同的变更，两者发放的实际上是同一笔贷款，则上述疑点都可以得到合乎情理的解释。在当事人双方签订的1年期贷款合同到期后，由于何伟暂时不能归还贷款，信用社同意延长贷款期限，双方签订了一份4年期的贷款合同，作为对先前签订的1年期贷款合同的变更。但考虑到金融机构的内部管理规定，在新签订的贷款合同中没有注明该合同是对前一1年期的贷款合同所作的变更，同时，将合同签订日期注明为2000年。因此，两份合同使用同一编号，用于抵押的财产也相同。信用社向法庭提供了两份贷款合同和发放贷款的凭据，虽然不能直接证明两份合同的关系，但从这些证据出发，信用社主张的事实是合乎情理的，何伟的主张则有悖常理。本案应当认定信用社主张的事实成立，支持其诉讼请求。

从另一个角度看，何伟向信用社贷款10万元未还是不争的事实。"欠债还钱"体现了法的首要价值——公正；而诉讼时效制度的宗旨在于促使权利人及时行使权利，稳定现有的社会秩序，同时避免因时隔久远证据灭失，不利于民事纠纷的解决，该制度注重的是法的效率价值。如果采纳信用社的主张而实际上认定事实错误，则何伟须向信用社偿还贷款本息，其时效利益未得到依法保护——牺牲的是法的效率价值；而如果采纳何伟的主张，但实际上认定事实错误，则信用社的贷款本息不能收回，同时何伟严重违背诚信的行为得逞，法官的错误判断纵容了不法行为——牺牲的是法的公正价值。假定前述两种错误的发生具有相同的可能性，应首先维护法的首要价值——公正，采纳信用社的主张，支持其诉讼请求。

38. 私自录音形成的录音带能否作为借款事实的证据？

【案情】

安平茂与翟卿卓相识多年。翟卿卓从所在单位下岗后，经济困难，做起了小买卖。由于经营无方，生意惨淡，为此多次向安平茂借款。安平茂考虑到两人多年的友谊，每次均慷慨应允。但令他不解的是，翟卿卓生意有了转机之后，却绝口不提借款之事。为了收回借款，安平茂向翟卿卓明确提出了还款。但出乎他意料的是，翟卿卓竟然矢口否认借款一事。在忍无可忍的情况下，安平茂一纸诉状将自己多年的老朋友告到了法院。

【争鸣】

■ 安平茂提出，自己曾在2002年8月和11月以及2003年5月分别借给翟卿卓3笔钱，分别为10000元、5000元和10000元。2003年4月，翟卿卓偿还了10000元。从此以后，对借款绝口不提，自己曾向其多次索要，翟卿卓均以种种借口推托。由于两人是多年的老朋友，当初借钱时碍于情面，没有打借条，现请求人民法院依法判决翟卿卓清偿拖欠的借款。安平茂向人民法院提供了多名证人的证言，证明上述事实，同时还提供了一盒偷录的向翟卿卓要钱时发生争吵的录音带。

■ 翟卿卓承认自己曾向安平茂借款10000元，但主张自己已经偿还。对安平茂主张的其他借款予以否认。对安平茂提供的上述证据，翟卿卓辩称：安平茂提供的证人证言是伪证，录音带是在自己还钱以

前录下的，录音带可人为剪辑、拼凑，不能反映案件事实，没有辅证作用。安平茂提出翟卿卓可以申请鉴定，如录音带有假，自己愿意给付5倍的赔偿。翟卿卓未提出鉴定申请。在这种情况下，法庭根据安平茂的申请，委托有关机构对原被告进行心理测试，报告显示：双方在10000元的次数上，对“两次”有相对一致的记忆。



【律师点评】

《民事诉讼法》第63条虽然规定视听资料可以作为证据使用，但对未经对方当事人同意取得的视听资料是否可以作为证据使用以及证明力等问题，未作明确规定。最高人民法院在给河北省高级人民法院的批复中（法复〔1995〕2号）规定：“未经对方当事人同意私自录制其谈话，系不合法行为，以这种手段取得的录音资料，不能作为证据使用。”从而否定了私自录制的录音资料的证据资格。2002年4月1日起正式实施的最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《若干规定》）第70条第3项规定：“一方当事人提出的下列证据，对方当事人提出异议但没有足以反驳的相反证据的，人民法院应当确认其证明力：……（三）有其他证据佐证并以合法手段取得的、无疑点的视听资料或者与视听资料核对无误的复制件。”第82条规定：“本院过去的司法解释，与本规定不一致的，以本规定为准。”从上述规定可以看出，对录音资料能否作为证据使用，批复以“经对方当事人同意”为条件；而《若干规定》则代之以“以合法手段取得”。换言之，私自制作的录音资料，只要采集手段不损害对方的合法权益和公共利益及其他人的利益，就可以作为证据使用，但必须有其他证据佐证，录音资料本身不存在疑点，而且对方当事人没有足够证据进行反驳。批复与《若干规定》相抵触，应当以规定为准。

在本案中，安平茂虽然不能为其主张提供直接证据：借款人出具的借条，但其提供的证人证言、录音带等间接证据和心理测试结论相互印证，已经形成了较为完整的证据链条，证明其主张的事实具有较高的可信度，也就是具有高度的盖然性。因此，可以认定翟卿卓借款15000元未还的事实。理由如下：（一）安平茂与翟卿卓是多年的好朋友。出于朋友的信任，在借款时未要求对方出具借条，是在情理之中的。（二）安平茂向法庭提供的录音带证明双方有借贷关系，而且翟卿卓有借款未还的行为。双方为此曾发生矛盾。而且，在安平茂提出如果录音带有假，自己愿意加倍赔偿的情况下，翟卿卓未申请鉴定，由此可以推定翟卿卓有较大的撒谎概率。（三）心理测试的结论显示：当事人双方在10000元的次数上，对“两次”有相对一致的记忆。这与安平茂的陈述相符合，翟卿卓有撒谎的可能性。

根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第73条第1款“双方当事人对同一事实分别举出相反的证据，但都没有足够的依据否定对方证据的，人民法院应当结合案件情况，判断一方提供证据的证明力是否明显大于另一方提供证据的证明力，并对证明力较大的证据予以确认”的规定，本案中，当事人双方对自己主张的事实都没有提供确凿的证据，但安平茂提供的证据证明其主张的事实具有较高的可信度，在盖然性上明显优于未提供任何证据、仅凭空主张借款已经偿还的翟卿卓。因此，可以认定安平茂主张的翟卿卓借款未还的事实。

39. 承认借款约定利息后能否反悔?

【案情】

康同屏与尹盈是同事关系。2002 年 3 月，康同屏为支付购房款的首付曾向尹盈借款 2 万元。2003 年 6 月，尹盈向人民法院起诉，称：康同屏为购房向自己借款 2 万元并承诺 1 年后归还，同时支付 2000 元作为利息。现康同屏迟迟未归还借款本息，请求人民法院依法判决康同屏履行法律义务。康同屏在向法院提交的答辩状中表示：自己确向尹盈借款 2 万元并约定以 10% 作为利息，但双方并未约定 1 年的借款期限，而是笼统地商定在明年归还，也就是说，自己的还款期限应为 2003 年年底。现借款期限未到，尹盈起诉要求自己还款，与约定不符，请求人民法院驳回。但在庭审过程中，康同屏对答辩状中承认的事实表示反悔，向法庭提交了其单位出具的证实其在答辩期间到外地出差的证明以及代其起草答辩状的朋友的证人证言。证人证言表示：由于双方是电话联系，未听清康同屏的意思，因此，在起草答辩状时表达有误，承认曾约定借款利息。

【争鸣】

■ 康同屏提出，借款时双方并未约定利息。由于自己到外地出差，答辩状是他人代为起草和提交，表述有误。

■ 尹盈提出，康同屏在答辩状中已经承认了借款时曾约定利息，现又反悔，前后矛盾。请求人民法院依据其已经承认的事实依法判决。



【律师点评】

本案涉及的是诉讼中的自认及其反悔的问题。

所谓自认，是指当事人对不利于自己事实的承认。"自认"分为诉讼中的自认和诉讼外的自认。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《若干规定》) 第8条第1款规定："诉讼过程中，一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实明确表示承认的，另一方当事人无须举证。但涉及身份关系的案件除外。"这里规定的是诉讼中的自认，即当事人在诉讼过程中对另一方当事人陈述的不利于自己的案件事实的承认。自认也可以发生在诉讼过程之外，如在借贷纠纷中，被告诉讼前给原告的信件中曾承认向原告借款，或者被告曾向第三人承认向原告借款，或者被告诉讼前曾同意归还借款等。尽管都是承认对自己不利的事实，但诉讼外自认与诉讼中自认在效力上有很大的差别。诉讼外的自认不具有免除对方当事人举证责任的法律效力，但可以作为一种证据材料使用。

诉讼中的自认具有如下特征：(1) 自认必须发生在诉讼过程中。只有当事人在诉讼过程中的自认才能产生相应的法律后果。当事人在诉讼外对不利于自己的案件事实的承认应当比照一般的证据进行正常的举证和质证，不能成为免除当事人举证责任的法定事由。(2) 自认是一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实的承认。民事诉讼的最大特征是当事人双方主张和利益的对抗性，因此，一方当事人对另一方当事人所主张的案件事实的承认，常常是对不利于自己的案件事实的承认。(3) 自认必须明确表示。为了确保自认的真实性和自愿性，《若干规定》对自认的成立限定了较为严格的条件，即自认必须是明确表示承认。如果当事人默示自认，即对另一方当事人的陈述既不承认也不否认，只有在法官履行了法定的释明义务后仍然默示的，

才能视为承认。(4) 自认必须具有合法性。当事人的自认不能改变现行法律的规定，也即不能与现行有效的法律相冲突。因此，涉及身份关系的案件事实不能适用自认的规定，这里的身份关系案件主要是指婚姻案件和亲子关系的案件。

诉讼中的自认具有两方面的法律效力：(一) 诉讼中的自认有约束当事人的效力。当事人一方对另一方提出的不利于自己的事实的承认，双方当事人就自认的事实不再需要举证，作出自认的当事人也不得在诉讼中提出与自认事实相互矛盾的主张，双方当事人亦无须就自认的事实进行质证和辩论。(二) 诉讼中的自认有约束法院的效力。《若干规定》第74规定："诉讼过程中，当事人在起诉状、答辩状、陈述及其委托代理人的代理词中承认的对己方不利的事实和认可的证据，人民法院应当予以确认，但当事人反悔并有相反证据足以推翻的除外。"一方当事人作出自认的结果是使双方当事人对事实的主张趋于一致，为了尊重当事人的诉讼权利，也为了提高诉讼效率，人民法院应该以双方当事人一致的主张作为裁判的基础，而一般不得再另行依职权就该事实进行调查。自认的效力也及于人民法院。

在本案中，康同屏在答辩中承认了向尹盈借款并约定支付利息的事实，属于典型的诉讼中的自认。该自认将免除尹盈的举证责任并得到人民法院的确认。但康同屏在庭审中又对其已经作出的自认表示反悔，理由是他人在代为起草答辩状的过程中理解有误，作出了错误的表示，并向法庭提交了单位的出差证明和证人证言。康同屏能否撤回其先前作出的自认呢?

《若干规定》第8条第4款规定："当事人在法庭辩论终结前撤回承认并经对方当事人同意，或者有充分证据证明其承认行为是在受胁迫或者重大误解情况下作出且与事实不符的，不能免除对方当事人的举证责任。"该条规定了自认撤回的条件。一般而言，诉讼中的自认一经作出，对法院和当事人都产生相应的拘束力。就法院而言，依

据辩论原则，自认实际上排除了法院对自认的事实的认定权，法院的判决须受到当事人自认的事实的约束。对当事人而言，依据诚实信用的原则，作出自认的当事人不得随意撤回自认或者再作相反的主张。自认只能在例外的情况下撤回。这种例外情况包括两种情形：

（一）经对方当事人同意，一方当事人可以在法庭辩论终结前撤回自认。诉讼中的自认对自认人的约束力在于维护对方当事人对自认行为的信赖。自认人作出诉讼中的自认后，对方当事人的举证责任因此而得到免除，就不会基于举证责任的压力而全力收集和注意保存已有的证据材料。如果允许当事人任意撤回自认，将给对方当事人造成损害，也违反了诚实信用的原则。但如果对方当事人同意自认人撤回自认，并且自认人在法庭辩论终结前撤回自认，则应当允许其撤回自认。

（二）有充分证据证明其承认行为是在受胁迫或者有重大误解情况下作出并且与事实真实情况不符的，可以撤回自认。所谓“受胁迫”作出自认，是指一方当事人以即将发生的物质性强制或者精神性强制为要挟，迫使对方在违背自己真实意思表示的情况下作出自认。胁迫也可以是胁迫者通过实施某种不法行为，给当事人及其亲友的精神和财产造成损害（如实施殴打、拘禁等暴力行为，或散布谣言、毁人名誉等）而迫使当事人自认。所谓因重大误解作出自认，是指单方误解，即当事人对于事实的性质、对方当事人特定身份等认识错误所作的承认。所谓“与事实不符”，是指当事人自认的事实不符合案件的真实情况，或者不符合法官已经获得心证的事实，或者明显与其他证据证明的案件事实相悖。诉讼中的自认通常符合案件事实的真实情况，若当事人的自认是在某种特殊的情况下违背了自认人的真实意思而作出的自认，并能够提供充分证据证明其自认是在受胁迫或者存在重大误解情况下作出的，与事实不符，就应当允许当事人撤回其对不真实事实的承认。

在本案中，康同屏称其在请他人代为起草答辩状的过程中，由于对方理解有误，承认了在借款时双方曾约定支付利息的事实。作为案件的当事人，在请人起草答辩状时，对主要的案件事实未交代清楚，显然与常理相悖。仅凭一份证人证言，也不足以证明该自认是在违背康同屏真实意思的情况下作出并与案件事实不符。因此，在康同屏不能提供证明其承认行为是在受胁迫或者重大误解情况下作出且与事实不符的充分证据的情况下，其自认不能撤回。尹盈对双方借款时曾约定利息的事实不需要承担举证责任。人民法院对该事实将予以确认并据此作出相应的判决。

40. 质疑还款凭据的真实性，应否承担举证责任?

【案情】

林忠原本是一家国有企业的销售人员，2000年下岗。下岗后，在街道办事处的帮助下，林忠办起了一家小型的加工厂，生意越做越红火，2004年3月，经人介绍，潘勤华向林忠借款5万元，并给林忠出具一张借条。同时，林忠表示还款时如果自己不在当地，可将款给自己的表弟鲍旭东，鲍旭东是加工厂的经理。2005年春节过后，林忠持借条向潘勤华催收借款，潘勤华称借款已还，双方发生纠纷，林忠向人民法院提起诉讼。在答辩中，潘勤华出示了鲍旭东开具的收条。林忠否认自己收到了还款，同时对收条是否为鲍旭东出具表示质疑。但由于鲍旭东离开林忠的加工厂后去向不详，林忠又不能提供鲍旭东的笔迹，无法对该收条的真实性进行鉴定。

【争鸣】

■ 林忠提出，借条是最有力的证据。潘勤华主张借款已经支付，但借条却未收回，无法令人信服。其提供的还款收条的真实性需要进一步证明。该举证责任应当由潘勤华承担。

■ 潘勤华提出，自己已经偿还借款，有鲍旭东的收条为证。鲍旭东是原告的亲属与雇员，借条的真假，原告完全有条件证实，应当由原告对借条的真实性承担举证责任。



【律师点评】

在本案中，潘勤华是否将借款支付给了林忠，是本案的存疑事实。如果潘勤华是否将所借款项支付给了林忠的事实得以确认，本案即会迎刃而解。但是，能证明此存疑事实真相的唯一证据只有鲍旭东出具的这张收条，且鲍旭东外出后地址不详，林忠又表示不能提供鲍旭东的笔迹样本，无法收集其他证据来证明收条是否客观真实。因此，由谁对收条是否客观真实承担举证责任，即成了正确解决本案纠纷的关键。

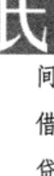
最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第 2 条规定："当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。"这就是通常所说的"谁主张，谁举证"原则。根据该条的规定，有人认为，收条客观真实性的证明责任应由被告潘勤华承担。理由是该案系一般民事纠纷案件，不属于实行举证责任倒置的特殊侵权案件，应按"谁主张，谁举证"的分配原则分配举证责任。既然被告潘勤华主张该收条系鲍旭东所出具，就应提供收条确系鲍旭东所出具的相关证据。任何证据都须具备客观性、关联性和合法性，才能作为定案的依据。根据证据规则，证据"三性"应由提供证据一方负证明责任。本案对收条是否为鲍旭东所出具存有疑问，就意味着提供证据一方尚未完成对收条这一证据具备"三性"的证明责任，因此，提供证据一方尚应当继续承担补充证明责任。否则，如该收条因是否客观、真实未得证明而得不到采纳，则举证不能的法律后果只能由提供证据但未被采纳的一方承担。

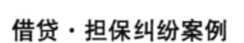
这种意见对"谁主张，谁举证"原则的理解过于简单化。在审

判实践中如何适用“谁主张，谁举证”的原则，正确地将举证责任分配给提出主张的一方承担，应当进行具体分析。就本案而言，双方争议的焦点是所欠货款是否已经清偿，被告潘勤华主张清偿，原告林忠则主张未清偿，双方均对欠款清偿与否提出了自己的主张，是显而易见的。为此，双方都负有对自己提出的主张提供证据加以证明的责任。在当事人双方针对案件的同一事实分别提出了肯定与否定的不同主张的情况下，首先应由提出肯定这一事实的一方举证，然后由另一方举证。被告潘勤华主张借款已清偿，提供了鲍旭东的收条佐证。此时，原告林忠对被告潘勤华提出的证据有异议，应由原告林忠承担提供反驳被告潘勤华主张、并能证明自己主张的证据的证明责任。被告潘勤华提供的收条是否具有证明力，并不影响原告林忠应承担的举证责任，以被告潘勤华提供的证据的证明力未得到确认，要求其继续承担举证责任，并以此免除原告林忠的举证责任，在举证责任的分配上有失公平。在双方都负有举证责任的情况下，因证据本身无相关证据印证而难以确认真伪时，让提供证据的一方，而不是未提供证据的一方承担不能举证的法律后果，也不符合“谁主张，谁举证”的原则精神。

从举证责任负担的合理性来看，被告潘勤华主张已清偿借款，有第三人出具的收条佐证。如果第三人参加了诉讼，可当场承认或否认出具过收条，原告或被告如有异议，最简单有效的方法就是申请作笔迹鉴定，即可证明收条的真伪。如第三人鲍旭东拒绝鉴定，只能由其承担举证不能的法律后果，不应要求被告补充举证。在第三人缺席的情况下，第三人的举证责任应转移给原告林忠负担。因为，从利害关系上看，第三人依附于原告林忠而与被告潘勤华相对立，要求利害关系相同一方替代负担举证责任，显然比要求利害关系对立一方替代负担举证责任合理。而且，被告潘勤华有充足的理由相信第三人鲍旭东有权代理原告林忠收取欠款，由第三人出具收条而将款交付第三人也

符合情理。更何况原告林忠是第三人的雇主和亲戚，较之被告潘勤华更容易了解第三人的情况，更有条件收集、提供第三人笔迹。原告林忠既然不认可其雇员代理收款行为，那于情、于理、于法都应对其否认的主张负举证责任。







金融借贷和企业间借贷



大律师教你打官司

41. 名为委托合同实为信托贷款合同，合同效力如何？

【案情】

2006年3月，某汽车配件经营有限公司（以下简称“汽配公司”）与某投资有限责任公司（以下简称“投资公司”）签订了一份委托贷款合同（003号），约定汽配公司从2006年3月15日起到2006年6月15日止，委托投资公司发放总金额为人民币1000万元的贷款；委托放贷的资金到期后，由投资公司向汽配公司一次付清资金本息。委托贷款的对象、利率及用途未在委托贷款合同中明确约定。合同签订后，汽配公司于3月15日存入投资公司1000万元，投资公司为此开立了整存整取大额存单，存款期三个月，月息为8.1%。汽配公司于6月20日支取存款本金1000万元及相应利息。

2006年3月20日，洪城文化有限责任公司（以下简称“洪城公司”）向投资公司提出借款申请，双方于同日签订委托贷款合同（004号），约定：投资公司受汽配公司的委托，向洪城公司发放委托贷款，金额400万元，用于公司经营的流动资金周转；期限2个月，利率8.3%。

后还款期限届满，洪城公司未依约返还贷款。多次协商无果，投资公司将洪城公司告上法庭，要求洪城公司返还贷款本金和利息。

【争鸣】

■原告投资公司提出，投资公司是经人民银行批准的有信托贷款经营权的金融机构，有权发放信托贷款。本案中的委托贷款合同即

使实为信托贷款，也应为有效的贷款合同。洪城公司违反合同约定，不按时偿还贷款，故起诉要求洪城公司按照合同约定偿还贷款本金和利息。

■ 被告洪城公司提出，投资公司与自己签订的合同名为委托贷款合同，实为信托贷款合同，因此该委托贷款合同系违反法律的合同，是无效的合同。



【律师点评】

本案涉及委托贷款与信托贷款区别的问题。信托贷款与委托贷款的区别主要在于，信托贷款由信托机构确定款项使用人，款项的安全由信托机构负责，风险由信托机构承担。委托贷款由委托人确定款项使用人，贷款风险由委托人自行承担。区分的关键在于款项使用人由谁确定，由金融机构确定的，属于信托贷款，由出资人确定的属于委托贷款。

本案中，汽配公司与投资公司签订的委托贷款合同（003 号）除了写有汽配公司委托贷款 1000 万元之外，再没有任何有关委托贷款方面的其他约定内容。投资公司对该 1000 万元出具的手续是整存整取储蓄存款存单；存单到期后，投资公司已将存款 1000 万元及存款利息全部返还给汽配公司。另外，投资公司与洪城公司签订的贷款合同和投资公司与汽配公司签订的贷款合同中的贷款金额不一致。故投资公司与洪城公司之间的民事关系应为信托贷款关系。投资公司关于其是受汽配公司委托发放贷款，并与洪城公司签订了委托贷款合同的主张不能成立。从委托贷款合同与信托贷款合同之间的关键区别来分析，投资公司与洪城公司之间签订的合同也不应当是委托贷款合同，因为洪城公司作为款项使用人并非是由出资人汽配公司确定的，而是

由作为金融机构的投资公司确定的。

投资公司与借款人洪城公司之间签订的委托贷款合同虽然名为委托贷款实为信托贷款合同，但该合同是在自愿、平等互利、协商一致的基础上订立的，双方的权利义务内容明确，符合我国《民法通则》第55条的规定，应为有效合同。《民法通则》第90条规定："合法的借贷关系受法律保护。"当事人应严格按照合同约定履行各自的义务。洪城公司不能按期归还所借款项及利息，构成违约。在投资公司起诉要求洪城公司还款的情况下，洪城公司应当承担偿还贷款及利息的责任。

42. 借款人不按约定用途使用贷款，贷款人能否解除合同并提前收回贷款？

【案情】

曾嘉盛从事个体运输业务。2006 年 10 月 20 日，曾嘉盛为扩大经营规模，向某银行（以下简称“银行”）申请贷款。银行与曾嘉盛签订一份借款合同，约定：借款金额为 130 万元，借款期限为半年，还款期限为 2007 年 4 月 19 日，利息按央行公布的同期同类贷款利率计算；借款用途为购买汽车。曾嘉盛利用该笔借款之中的 70 万元购买汽车，另外 60 万元用于购买房产一套。银行发现上述情况后，立即要求曾嘉盛偿还借款。多次催要无果的情况下，银行将曾嘉盛起诉至法院，要求解除借款合同，并要求曾嘉盛立即归还借款 130 万元及相应的利息。

【争鸣】

■ 原告银行提出，曾嘉盛未按照合同的约定使用借款，构成违约，因此本行有权解除合同并要求其提前归还借款。

■ 被告曾嘉盛提出，本人与银行签订的借款合同是双方真实意思的表示，应当属于有效的合同。在合同有效的前提下，银行应当严格遵守合同约定，现合同约定的借款期限未到，银行即催要借款及利息的行为是没有道理的。



【律师点评】

本案涉及的是借款合同中借款人的义务问题，核心在于借款人应当如何使用借款的问题。

《合同法》第196条规定："借款合同是借款人向贷款人借款，到期返还借款并支付利息的合同。"第197条规定："借款合同采用书面形式，但自然人之间借款另有约定的除外。借款合同的内容包括借款种类、币种、用途、数额、利率、期限和还款方式等条款。"

在借款合同中，借款人负有如下义务：

（一）在签订借款合同前或签订借款合同时，借款人应当向贷款人提供有关自身财务状况和业务状况的真实情况。

我国《合同法》第199条规定："订立借款合同，借款人应当按照贷款人的要求提供与借款有关的业务活动和财务状况的真实情况。"贷款人在决定向借款人借款时，要了解借款人的财务状况和业务活动，以确定贷款的安全性，确保贷款以后能够按时收回。借款人提供的情况主要有：第一，借款人的真实财务状况。借款人可以按照贷款人的要求，如实提供所有的开户行、账号及存贷款余额情况，使贷款人全面充分地了解借款人实际账面资金的运作情况，以便贷款人能判断借款人偿还借款的能力。借款人还应当提供财政部门或会计师事务所核准的上年度财务报告，使贷款人了解即期的生产经营情况和财务状况，从而在总体上把握借款人的经营和资信状况，保障借款的安全。第二，借款人资格方面的情况。提供这方面的情况主要是为了方便贷款人审查借款人是否具有贷款资格。

（二）借款合同签订后，借款人应当按约定的日期、数额收取借款。

我国《合同法》第201条第2款规定："借款人未按照约定的日

期、数额收取借款的，应当按照约定的日期、数额支付利息。”可见，按照约定的日期和数额收取借款是借款人的义务。借款人在订立借款合同后，生产经营可能会发生一些变化，或者借款人从其他渠道得到了所需的资金，因而借款人在合同约定的收取借款的日期，出现不需要或者暂时不需要借款或者合同约定的借款数额的情况。对于贷款人来说，其主要是通过收取利息来营利的，所以，贷款人对自己的资金使用状况都有统一的安排和完整的计划，借款人如果未按约定的日期、数额收取借款，必然会影响贷款人资金的正常周转，损害贷款人的合法利益。对于贷款人来说，所受到的损失就是利息的损失，因此，法律明确规定借款人未按照约定收取借款的，仍需按照合同约定的借款日期和数额向贷款人支付利息。这样不论借款人是否按照约定的日期及数额收取借款，都必须按照合同约定向贷款人支付利息。

（三）借款合同履行过程中，借款人应当按照合同约定的期限及方式支付利息。

《合同法》第205条规定：“借款人应当按照约定的期限支付利息。对支付利息的期限没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定，借款期间不满一年的，应当在返还借款时一并支付；借款期间一年以上的，应当在每届满一年时支付，剩余期间不满一年的，应当在返还借款时一并支付。”按照合同约定的期限、方式向贷款人支付利息是借款人的主要义务。借款人不仅应当按照约定的数额支付利息，而且还应当在约定的期限向贷款人支付。支付利息期限有多种，当事人既可以约定在借款期限届满偿还本金时一起支付利息，也可以约定在借款期间内分批向贷款人支付利息。

（四）借款合同履行中，借款人应当按照合同约定期限偿还借款。

《合同法》第206条规定：“借款人应当按照约定的期限返还借款。对借款期限没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规

定仍不能确定的，借款人可以随时返还；贷款人可以催告借款人在合理期限内返还。”按照合同约定的期限返还借款是借款人的一项基本义务。

（五）借款人收取借款后应当按照合同约定使用借款。

《商业银行法》规定，贷款人贷款应当对借款人的借款用途等情况进行严格审查。借款合同中应当对借款用途做出约定。《贷款通则》规定，对于不按借款合同规定用途使用贷款的，贷款人可以对其部分或者全部贷款加收利息；情节严重的，由贷款人停止支付借款人尚未使用的贷款，并提前收回部分或者全部贷款。《合同法》第203条规定：“借款人未按照约定的借款用途使用借款的，贷款人可以停止发放借款、提前收回借款或者解除合同。”《合同法》的上述规定再次明确借款人应当按照约定的用途使用借款，同时规定了借款人的违约责任。借款人违反了合同约定的借款用途使用借款的，贷款人首先可以停止发放未发放部分的借款，同时可以提前收回借款，此外，贷款人还有权解除合同。

“借款用途”是借款人使用借款的目的。虽然贷款人借款的目的是收取利息和本金，借款人的借款用途从表面上看和贷款人的利益并无直接的关系，但是，借款用途可能会影响贷款人最终能不能收回贷款。借款用途与借款人能否按期偿还借款有着很直接的关系。借款人擅自改变借款用途，就会使原先当事人共同预期的收益变得不确定，增加了贷款人的借款风险，最终导致借款难以收回。金融机构作为贷款人的，有些借款还是依据国家的宏观经济政策、国家的信贷政策和产业政策发放的，其借款用途和国家的经济政策有着直接的关系。如果不按借款用途使用借款，还会造成资金的使用不符合国家政策的情况。所以贷款用途一直作为借款合同当事人需要约定的重要内容，特别是金融机构作为贷款人的情况下，借款用途是合同中不可缺少的重要条款。

本案中，曾嘉盛与银行签订的借款合同中明确约定了借款用途是购买汽车，而曾嘉盛实际上未能按约定使用贷款，一部分用于购买汽车，而另一部分用于购买商品房，其做法已经违反了《合同法》第203条和《贷款通则》的相关规定。因此，银行要求提前收回贷款以及解除合同是有法律依据的，应当予以支持。

43. 名为融资租赁合同实为借贷合同的，应当如何处理?

【案情】

2003年12月26日，昌盛信托公司与长城生物化学发展有限公司签订了一份融资租赁合同，合同约定：1. 长城生物化学发展有限公司拟增添检测设备一台，因资金不足，向昌盛信托公司办理融资租赁。2. 昌盛信托公司经审查同意支付设备价款，购进检测设备后出租给长城生物化学发展有限公司使用。3. 昌盛信托公司同意长城生物化学发展有限公司自行签订购置检测设备合同，长城生物化学发展有限公司承担该合同的一切义务；昌盛信托公司出租、长城生物化学发展有限公司承租检测设备的租期为18个月；租金总额包括设备价款、利息，共计人民币113万元；租赁期满，昌盛信托公司收取8万元设备转移费后，检测设备所有权转让给长城生物化学发展有限公司。合同签订后3天，昌盛信托公司依约向长城生物化学发展有限公司支付款项90万元，但是长城生物化学发展有限公司没有按照合同约定购买检测设备，也没有如期支付租金。2005年8月，长城生物化学发展有限公司向昌盛信托公司致函，请求延长还款期限至2005年12月，昌盛信托公司表示同意。但到期之后，长城生物化学发展有限公司仍然没有偿还。昌盛信托公司遂向法院提起诉讼，要求长城生物化学发展有限公司支付租金113万元。

【争鸣】

■ 原告昌盛信托公司提出，自己与长城生物化学发展有限公司之间签订的融资租赁合同合法有效，按照合同约定，长城生物化学发展有限公司应当支付租金113万元。

■ 被告长城生物化学发展有限公司提出，自己与昌盛信托公司签订的合同不是融资租赁合同，实际上是借款合同，根据我国相关法律规定，该合同应当被认定无效。



【律师点评】

本案争议的焦点在于，昌盛信托公司与长城生物化学发展有限公司之间签订的合同是原告主张的融资租赁合同还是被告主张的借款合同。

融资租赁合同是出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择，向出卖人购买租赁物，提供给承租人使用，承租人支付租金的合同。融资租赁交易的方式使承租人能以较少的首期资金获得机器设备的使用权，它既解决了承租人对机器设备的需要，又解决了承租人资金不足的问题。

融资租赁合同有其自身的特点，它与借款合同的区别在于：一、融资租赁合同的标的物是出租人按照承租人的要求专门准备的，这与传统的租赁合同出租人在签订合同之前就已经拥有租赁物不同。而借款合同的标的物是资金，并不要求有提供租赁物。二、融资租赁合同的核心内容是出租人提供租赁物供承租人使用，借款合同的核心内容是债权人向债务人出借资金。三、融资租赁合同承租人使用租赁物的对价是支付租金，而借款合同借款人使用资金的对价是支付利息。

从融资租赁合同和借款合同的上述区别中不难看出，本案中，昌

盛信托公司与长城生物化学发展有限公司签订的合同虽然名为融资租赁合同，但实质上为借款合同。双方签订的合同不符合融资租赁法律关系的基本特征，表现在该合同未涉及三方当事人，即没有卖方，只有出租方和承租方；该合同不存在两个或两个以上的合同关系，即只有所谓的融资租赁合同，没有买卖合同；尽管合同中约定，租赁物由承租人选择确定，但实际上长城生物化学发展有限公司根本没有购买租赁物。从实际履行中也可以看出，双方签订的合同并非真正的融资租赁合同，从长城生物化学发展有限公司给昌盛信托公司致函的内容来看，长城生物化学发展有限公司请求昌盛信托公司同意延期偿还借款，更加表明了双方之间签订的合同实质上是借款合同。根据我国相关法律规定，企业之间不得从事非法借贷活动，也即不允许企业之间进行借贷。昌盛信托公司与长城生物化学发展有限公司之间签订合同的真正目的在于借款，但借用了融资租赁合同的名义，这种行为属于以合法形式掩盖非法目的。《合同法》第52条规定："有下列情形之一的，合同无效：(一) 一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；(二) 恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；(三) 以合法形式掩盖非法目的；(四) 损害社会公共利益；(五) 违反法律、行政法规的强制性规定。"有下列情形之一的，应认定融资租赁合同为无效合同：(一) 出租人不具有从事融资租赁经营范围的；(二) 承租人与供货人恶意串通，骗取出租人资金的；(三) 以融资租赁合同形式规避国家有关法律、法规的；(四) 依照有关法律、法规规定应认定为无效的。根据上述规定，双方签订的融资租赁合同无效。在合同无效的情况下，根据《合同法》第58条规定："合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。"长城生物化学发展有限公司应当返还昌盛信托公司借款90万元。

44. 无权代理人签订的借款合同，应当由谁承担还款责任？

【案情】

2005年7月27日，丁晴明持郑武的印章到某市商业银行申请贷款，丁晴明以郑武的名义与商业银行签订了贷款合同，约定：贷款金额5万元，月息5厘，借款期限半年。商业银行于贷款合同签订后当天将贷款支付给丁晴明，现金付出传票上加盖了郑武的印章。借款到期后，银行找到郑武要求还款，郑武称自己从不知道有贷款一事，拒绝偿还贷款。商业银行多次找郑武协商不成，于是向当地人民法院提起诉讼，要求郑武偿还贷款及约定的利息。

【争鸣】

■原告商业银行提出，2005年7月27日，郑武与商业银行之间签订了贷款合同，对贷款事项进行了明确的约定，贷款合同上盖有郑武的印章；同日，商业银行就将贷款金额进行了支付，现金付出传票上也加盖了郑武的印章。以上证据足以证明郑武与商业银行之间借贷法律关系的成立，在此前提下，郑武应当按照贷款合同的约定，归还贷款。

■被告郑武提出，商业银行提供的贷款合同和现金付出传票上的印章是自己的，但是自己确实没有向商业银行申请过贷款，而是第三人丁晴明在未经自己同意的情况下，擅自盗取自己的印章与商业银行签订了贷款合同，并且领取了全部5万元贷款。因此，自己不应当

承担还款责任，而应当由丁晴明承担偿还借款的责任。



【律师点评】

我国《合同法》第48条规定："行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同，未经被代理人追认，对被代理人不发生效力，由行为人承担责任。相对人可以催告被代理人在一个月内予以追认。被代理人未作表示的，视为拒绝追认。合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。"我国《民法通则》第66条规定："没有代理权、超越代理权或者代理权终止后的行为，只有经过被代理人的追认，被代理人才承担民事责任。未经追认的行为，由行为人承担民事责任。本人知道他人以本人名义实施民事行为而不作否认表示的，视为同意。代理人不履行职责而给被代理人造成损害的，应当承担民事责任。代理人和第三人串通、损害被代理人的利益的，由代理人和第三人负连带责任。第三人知道行为人没有代理权、超越代理权或者代理权已终止还与行为人实施民事行为给他人造成损害的，由第三人和行为人负连带责任。"

上述法律规定中提到的"没有代理权、超越代理权或者代理权终止后"以被代理人名义实施的行为属于无权代理。所谓无权代理，是指行为人不具有代理权而以他人名义实施的代理行为。无权代理包括以下三种情形：

(1) 没有代理权而以被代理人名义实施民事行为。此种情形是指行为人根本没有经过被代理人的授权，就以被代理人的名义实施民事行为。

(2) 超越代理权而以被代理人名义实施民事行为。此种情形是

指行为人与被代理人之间有代理关系存在，但行为人超越了被代理人的授权范围实施了民事行为。

(3) 代理关系终止后以被代理人名义实施民事行为。此种情形是指行为人与被代理人之间原来存在代理关系，但由于代理期限届满、代理事务完成或者被代理人取消代理关系等原因，被代理人与行为人之间的代理关系已经不存在，但行为人仍然以被代理人名义为民事行为。

本案中，丁晴明属于无权代理中的第一种情形，即没有代理权而以被代理人的名义实施民事行为。那么丁晴明以郑武的名义与商业银行之间签订的贷款合同效力如何呢？

本案涉及的贷款合同属于效力待定的借款合同。所谓效力待定的借款合同，是指借款合同虽然已经成立，但是因其不完全满足合同生效要件的规定，致使借款合同效力尚未明确，一般须经有权人表示追认才能生效的借款合同。这种效力待定的状态表现在三方面：一、被代理人需要有明确的意思表示予以追认；二、在被代理人追认以前，相对第三人可以撤回与无权代理人所签订的合同，也可以催告被代理人予以追认；三、无权代理人签订的合同若得不到被代理人的追认，第三人也不撤回与其签订合同的意思表示，无权代理人则应承担相应的民事责任。本案中，丁晴明与商业银行之间签订的贷款合同符合上述特点，因此属于效力待定合同。

因无权代理而导致效力待定的借款合同有以下几种结果：

(1) 无权代理人签订的借款合同因被代理人的追认而有效。无权代理人签订合同后，被代理人对无权代理人所签订的合同享有追认权，被代理人如果对合同进行追认，则合同对被代理人产生效力。

(2) 无权代理人签订的借款合同因被代理人的拒绝而对被代理人不产生效力。被代理人对无权代理人签订的合同享有拒绝追认权，被代理人一旦对无权代理人或相对人做出拒绝追认的意思表示，即无

权代理行为对被代理人不产生约束力。

(3) 无权代理人签订的借款合同因相对人行使撤销权而无效。根据相关法律规定，合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利，撤销权一旦被行使，借款合同则因此无效。需要说明的是，如果相对人明知行为人无代理权，而仍逾期订立借款合同，则表明其具有恶意，该相对人不能行使撤销权。

根据上述分析，再结合本案的具体情况，应该得出如下结论：贷款合同须经郑武追认后才能生效，若郑武拒绝追认，则该借款合同对郑武就无任何约束力。丁晴明应当承担相应的偿还贷款及利息的责任。

45. 银行作为出借方主张复利，能得到法律支持吗？

【案情】

2004年5月26日，荣正酒店为解决流动资金周转问题，向某银行（以下简称“银行”）请求贷款180万元，为此双方签订了抵押贷款合同，合同中约定了贷款期限、利率以及抵押财产。贷款到期后，荣正酒店因经营不善，仅将贷款中的30万元归还给银行，而其余150万元未按期归还。为解决这一问题，荣正酒店与银行协商一致办理了为期1年的借新贷还旧贷，均将利息计入本金，并约定了利息及抵押财产。但是，1年之后，荣正酒店还是无力偿还贷款，在多次协商无果的情况下，银行为追回到期贷款，向法院起诉，要求荣正酒店归还贷款，并按照合同的相关约定支付利息。

【争鸣】

■原告银行提出，荣正酒店向其贷款的事实清楚，双方签有抵押贷款合同，对贷款期限、利息、抵押财产等问题进行了明确的约定，但是被告荣正酒店不按照合同约定按时归还贷款，故向法院起诉，要求被告履行偿还贷款及利息的义务。

■被告荣正酒店提出，其并不否认与银行之间的借贷关系，但是由于第一次借款到期后，自己在资金紧张无力偿还借款的情况下，与银行协商一致办理了为期1年的借新贷还旧贷，在此过程中，银行将利息计入本金计算了复利。银行的这种计算复利的行为违反法律规定，因此对于复利部分，自己不应当承担偿还责任。



【律师点评】

本案的关键在于银行计收复利的行为是否合法，是否应当得到支持。

在解决这一关键问题之前，首先应当解决银行与荣正酒店之间签订的抵押贷款合同的效力问题。本案的抵押贷款合同有效。我国《合同法》第198条规定："订立借款合同，贷款人可以要求借款人提供担保，担保依照《中华人民共和国担保法》的规定。"荣正酒店与银行签订了抵押贷款合同，对抵押双方的权利义务进行了明确，并且对作为抵押物的房产进行了抵押登记，因此双方之间签订的抵押贷款合同是有效的。

对于计算复利的问题，在司法实践中，经常遇到银行将贷款利息及罚息计入本金，以此为本金再计算此后所生的利息，也就是"复利"。我国《民法通则》规定借款人有义务按照合同规定支付利息，但对于复利应否给予保护，未作明确规定。最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第125条规定："公民之间的借贷，出借人将利息计入本金计算复利的，不予保护；在借款时将利息扣除的，应当按实际出借款数计息。"1991年，最高人民法院出台《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》，其中第7条明确规定："出借人不得将利息计入本金谋取高利。审理中发现债权人将利息计入本金计算复利的，其利率超出第六条规定的限度时，超出部分的利息不予保护。"可以看到，上述司法解释或完全否定复利的合法性，或部分否定复利的合法性。

但是值得注意的是，最高人民法院的上述两个司法解释是针对民间借贷而言的，不适用于金融机构为出借方的借款合同。最高人民法院《关于如何确认公民与企业之间借贷行为效力问题的批复》规定：

"公民与非金融企业（以下简称企业）之间的借贷属于民间借贷……"换言之，公民与金融企业之间的借贷不属于民间借贷。具体到本案，由于本案的借款人为公司，因此更不属于民间借贷的范畴。

中国人民银行1990年12月11日发布的《利率管理暂行规定》第18条规定："金融机构对企业的流动资金贷款和技术改造贷款，按季结息，每季度末月的二十日为结息日；对不能支付的利息，可计收复利。基本建设贷款，按年结息，每年十二月二十日为结息日；对不能支付的利息，不计收复利。中国人民银行对金融机构的贷款，按季结息，每季度末月的二十日为结息日；对不能支付的利息，可计收复利。"根据上述规定，以金融机构为出借方的借款合同中，只要金融机构计算复利不违反中国人民银行的上述规定，人民法院就应当予以保护。

根据上述规定及分析，本案中银行计收复利是合法有效的。由于荣正酒店向银行贷款是为了解决流动资金问题，因此其贷款属于《利率管理暂行规定》中所称的金融机构对企业的流动资金贷款。荣正酒店不能按期支付利息，根据上述规定，可以计收复利。因此银行向荣正酒店计收复利应当得到法律支持。

46. 委托贷款中，受托人没有履行相应的监督职责，应当承担何种责任?

【案情】

2003年11月6日，某生物技术公司（以下简称“生物技术公司”）与某信托公司（以下简称“信托公司”）签订了一份委托贷款协议，协议约定：生物技术公司委托信托公司将100万元贷给某物资公司（以下简称“物资公司”），月息12‰，期限12个月，生物技术公司支付给信托公司手续费2‰。同日，信托公司与物资公司签订了贷款协议，协议约定：信托公司向物资公司发放委托贷款100万元，期限12个月，月息12‰，每3个月付息一次，贷款用途为购进原材料，专款专用，物资公司如果没有按照指定用途使用贷款而挪作他用，信托公司有权终止贷款合同，并限期收回物资公司所欠的贷款本息。某贸易公司（以下简称“贸易公司”）为物资公司提供担保。贸易公司的注册资本为50万元，但其向信托公司提供的资产平衡表中记载的总资产为1000万元，信托公司未经严格审查就同意其为物资公司提供担保。上述协议签订后第三天，信托公司依约向物资公司给付贷款100万元。

2004年2月，生物技术公司发现物资公司情况异常，其法定代表人不知去向，有逃避债务的迹象，故向信托公司致函说明情况，并要求信托公司提前收回贷款。收到生物技术公司函件后，信托公司对物资公司情况并未进行核实和采取应急措施，而是向生物技术公司提交了担保人贸易公司的虚假的资产平衡表。

贷款到期后，物资公司法定代表人失踪，公司丧失偿债能力，保证人贸易公司被吊销营业执照，生物技术公司的贷款无法收回。

生物技术公司于是向当地法院起诉，要求信托公司偿还贷款。

【争鸣】

■ 原告生物技术公司提出，本公司与被告信托公司签订委托贷款协议，约定由信托公司接受本公司委托向物资公司贷款1000万元，并约定了借款期限、利息等内容。信托公司作为受托人，应当检查、监督贷款的使用情况，并收回贷款，但是由于信托公司没有认真履行上述义务，导致贷款最终流失，无法收回，信托公司应当履行偿还贷款的责任。

■ 被告信托公司提出，本公司在委托贷款过程中仅负责监督借款人履行还款义务和办理还款手续，能不能还款责任不在本公司，贷款最终流失的原因是物资公司自身的原因，物资公司是借款人，依法应当由物资公司承担偿还贷款的责任。



【律师点评】

本案涉及委托贷款中各方当事人的责任问题。

委托贷款是指委托人委托受托的金融机构借款给用款人，受托人根据委托人确定的借款对象、用途、期限、利率等以自己的名义代理发放贷款并监督使用、协助收回贷款，受托人只向委托人收取手续费，贷款风险由委托人承担。从上述概念不难看出，在委托贷款关系中，原则上，金融机构仅负责监督借款人履行还款的义务和办理还款手续，没有追讨的义务。同时，无论委托人是否收到贷款本息，受托人均不承担任何责任。委托人无权要求受托人代为垫款。但是，例外

的情况是，如果委托人没有认真履行委托合同的约定，检查、监督贷款使用情况，收回贷款，对造成贷款流失有过错的，则应当根据其过错的大小，承担相应的责任。

本案中，对于贷款流失，生物技术公司和信托公司都有过错。

生物技术公司的过错在于：物资公司的资信状况不好，生物技术公司没有认真审查，在选择贷款对象时是有过错的。

信托公司的过错在于：在与物资公司签订贷款合同时，对于担保人贸易公司的资信情况未进行审查，导致最终担保人没有起到应有的担保作用；贷款放出后，没有对贷款的使用进行监督检查，在生物技术公司提示物资公司可能不能还款时，不仅没有采取应急措施，反而向生物技术公司提供了担保人贸易公司的虚假资产平衡表，导致最终贷款全部流失。如果签订合同后，信托公司认真履行合同约定，监督物资公司是否用贷款购进原材料、专款专用，检查贷款效果，贷款就不会在短期内全部流失。当物资公司情况发生异常，有逃避债务的迹象时，信托公司如果积极采取措施，此时物资公司还在，担保人贸易公司也还没有被吊销营业执照，有这两个公司的资产偿还贷款，贷款也不会全部流失。但实际的情况是，信托公司不仅没有积极采取措施，反而向生物技术公司提供了担保人贸易公司的虚假资产平衡表，客观上起到了误导作用，使生物技术公司误认为即使物资公司不能偿还贷款，担保人贸易公司的资产也足以代为偿还该笔贷款，导致最终延误时机，贷款全部流失。

比较二者的过错，在导致贷款流失的过程中，信托公司的过错更大，因此应当承担主要责任，生物技术公司应当承担次要责任，其责任的承担可按照4:6的比例进行分担，由生物技术公司承担40%的责任，信托公司承担60%的责任。

47. 借款人低价转让财产的，出借方主张撤销借款人的转让行为能否得到支持?

【案情】

2002年5月14日，某房地产开发公司（以下简称“开发公司”）在某银行（以下简称“银行”）向其发出的18份债权确认书上盖章，确认了银行从1999年5月1日到2002年5月14日前与之签订的18份借款合同上前的借款金额本息。

2003年8月24日，某资产管理公司（以下简称“资产管理公司”）与银行达成债权转让协议，约定由银行将已到期的借款人为开发公司的上述18份借款合同的债权转让给资产管理公司。2003年9月1日，资产管理公司就上述债权转让向开发公司发出债权确认通知单，9月7日，开发公司法定代表人在该债权确认单的回执上签字并加盖了公章。

2003年12月，开发公司与某制造公司（以下简称“制造公司”）签订商品房预售（预购）合同，约定：由开发公司将其所有的坐落于某市太平区的住宅以单价2340元/平方米预售给制造公司。

2004年3月，开发公司又与某经贸公司（以下简称“经贸公司”）签订商品房预售（预购）合同，约定：由开发公司将其所有的坐落于某市太平区的住宅以单价2430元/平方米预售给经贸公司。

2004年9月，开发公司与某信息公司（以下简称“信息公司”）签订商品房预售（预购）合同，约定：由开发公司将其所有的坐落于某市太平区的非住宅楼以单价680元/平方米预售给信息公司。双

方于合同签订后3个月到当地房地产交易所办理了商品房预售登记。

另据查，开发公司的法定代表人与信息公司的法定代表人为同一人。

资产管理公司得知上述情况后，多次与开发公司协商，要求开发公司偿还到期借款及利息，但开发公司均以资金不足为由，迟迟不予还款。资产管理公司遂向法院起诉，要求撤销开发公司与信息公司签订的商品房预售（预购）合同。

【争鸣】

■原告资产管理公司提出：2003年8月24日，本公司通过债权转让，接受了银行对被告开发公司的全部债权。2004年9月，开发公司与信息公司签订商品房预售（预购）合同，将其所有的位于某市太平区的非住宅楼以单价680元/平方米预售给信息公司。开发公司的上述行为属于以明显不合理的价格处分自有的房产，导致其自有资产大量减少，对本公司债权实现造成严重损害，因此请求法院判令撤销被告开发公司与信息公司的房屋买卖行为。

■被告开发公司提出：本公司与信息公司签订房屋买卖合同属于双方真实意思表示，合同内容不违反法律规定，因此房屋买卖合同应当合法、有效，不应当被撤销。



【律师点评】

本案涉及的是作为债权人的出借人的撤销权问题。

所谓撤销权是指债权人对于债务人所为的危害债权的行为，可以请求予以撤销的权利。我国《合同法》第74条规定：“因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产，对债权人造成损害的，债权人可以

请求人民法院撤销债务人的行为。债务人以明显不合理的低价转让财产，对债权人造成损害，并且受让人知道该情形的，债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为。撤销权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使撤销权的必要费用，由债务人负担。”

当作为债权人的出借方，发现债务人借款方存在放弃债权、无偿转让财产或以明显不合理价格转让财产的行为，无论债务人放弃的是合同债权还是不当得利的请求权、无因管理的偿还请求权、赔偿请求权或是物权，只要债务人放弃了有给付内容的债权，转让有价值的财产，都能成为撤销的对象。在债务人以明显低价转让财产时，要求受让人有明知该行为可能损害出让人的债权人的利益的事实，否则作为债权人也不可主张撤销权。

撤销权的行使需要遵循以下几个条件：第一，撤销权的行使主体。撤销权形式的主体包括因债务人不当处分财产的行为而使债权受到损害的债权人。第二，撤销权的行使方式。债权人撤销权的行使必须由享有撤销权的债权人以自己的名义，向法院提起诉讼，请求法院撤销债务人不正当处分财产的行为。撤销权的行使必须以一定的诉讼程序进行，也就是说，行使撤销权必须由债权人向法院起诉，由法院做出撤销债务人行为的裁判，才能发生撤销的效果。第三，撤销权的行使期限。债权人的撤销权应当在一定的期限内行使才有效，超出该期限，则撤销权消灭，该期限属于除斥期间，不能中止、中断、延长，期限届满后，撤销权消灭。根据合同法规定，在债权人知道或者应当知道撤销事由的情况下，应从知道或者应当知道之日起 1 年内行使撤销权。法律之所以做如此规定，目的在于督促债权人尽快行使权利，如其怠于行使这种权利，超过一定期限则不受法律保护。如果债权人不知道也不应当知道撤销事由的，则不适用 1 年除斥期间的规定，但自债务人的行为发生之日起 5 年内没有行使撤销权的，撤销权也归于消灭。第四，撤销权的行使范围。根据合同法的相关规定，撤

销权的行使范围以债权人的债权为限，对超出其债权范围的债务人的行为，债权人不得行使撤销权。

本案中，开发公司在明知应清偿资产管理公司借款的情况下，而以明显不合理的低价将自己所有的房产转让给信息公司，使自己限于资力不足境地，清偿到期债务发生困难，从而危及了资产管理公司的债权。信息公司作为受让人与被告开发公司在发生该转让行为时，两公司的法定代表人为同一人，因此受让人在受让开发公司所有的房产时也知道被告开发公司的转让行为会损害资产管理公司的债权，其接受开发公司财产的行为为恶意，资产管理公司有权行使撤销权。

另外，从资产管理公司行使撤销权的情况来看，其完全符合上述行使撤销权的条件。首先，资产管理公司作为撤销权的行使主体是恰当的，其在借款人开发公司以不合理低价处置自有财产中受到损害；其次，资产管理公司向法院起诉要求撤销开发公司与信息公司之间的房屋买卖合同，遵从了行使撤销权必须通过一定的诉讼程序进行的原则；再次，资产管理公司行使撤销权的时间没有超过一年，属于权利行使的有效期；最后，资产管理公司行使撤销权的范围仅限于其债权，并无超越债权范围行使撤销权。

综上所述，作为出借方的资产管理公司在借款人开发公司以明显不合理低价转让自己财产时为保护自己的合法债权行使撤销权的行为应当得到法院支持。

48. 借款人通过假协议离婚转移财产、逃避还款义务的，贷款人能否申请撤销财产分割协议?

【案情】

卞军祥通过熟人介绍向某银行支行（以下简称“支行”）贷款50万元经营汽车修理业务，卞军祥与支行签订贷款合同，约定贷款期限为1年。由于经营不善，卞军祥不但没有赢利，反而亏损不少。眼看贷款期限届满，为规避法律义务，卞军祥与妻子经过商议决定进行假协议离婚。双方在财产分割协议中约定：卞军祥原有的一套价值110万元的两室一厅的住宅归妻子所有。

贷款到期后，支行多次催卞军祥还款。在多次催要无果的情况下，支行本欲向法院起诉，要求卞军祥偿还借款，并准备胜诉后申请执行其所有的两室一厅住宅以偿还借款，但得知卞军祥与妻子协议离婚时已通过协议的方式将上述住宅给了卞军祥的妻子，于是支行将卞军祥告上法庭，要求法院撤销卞军祥在离婚时的财产分割协议。

【争鸣】

■ 原告支行提出，债务人卞军祥与其妻实施假协议离婚，并签订财产分割协议将其所有的两室一厅的住宅无偿给其前妻，其目的在于逃避偿还贷款义务，严重损害了我行作为债权人的利益，因此我行有权申请人民法院予以撤销。

■ 卞军祥提出，自己与前妻离婚时，那套两室一厅的住宅已归其前妻所有，这与自己拖欠债权人支行的贷款无关，因此支行无权申

请人民法院予以撤销。



【律师点评】

本案涉及的是贷款人的撤销权问题，核心在于贷款人在借款人假借离婚之名行转移财产之实时是否有权行使撤销权。



我国《合同法》第74条规定："因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产，对债权人造成损害的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。债务人以明显不合理的低价转让财产，对债权人造成损害，并且受让人知道该情形的，债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为。撤销权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使撤销权的必要费用，由债务人负担。"

根据上述规定，债权人行使撤销权必须符合以下条件：

(1) 债务人有使自己的财产减少或者负担增加的行为。债务人使自己财产减少或者负担增加的行为包括放弃对债权人以外的其他人（以下称第三人）的债权、无偿将财产转让给第三人、明显低价将财产转让给第三人。

(2) 债务人的行为发生在合同成立生效之后。债务人使自己财产减少或负担增加的行为必须发生在合同成立生效之后。债务人在合同成立生效之前处分自己财产的行为不能作为撤销权的行使条件。

(3) 债务人的行为已经发生法律效力。如果债务人的行为尚未发生法律效力，或者说根本不会发生法律效力（例如属于无效民事行为），财产所有权就尚未发生转移，则债权人不需要通过使撤销权来实现自己的债权，而可请求法院宣告债务人的行为是无效民事行为。

(4) 债务人的行为必须已经或将要严重损害债权人的债权。债

务人减少自己财产的行为是否严重损害债权人的债权，以是否使债权人的债权不能实现为标准。如果债务人减少自己财产的行为已经或将要使债权人的债权不能实现，则可以认为债务人的行为严重了债权人的债权。如果债务人减少自己财产的行为并不影响债权人债权的实现，则可以认为债务人的行为没有损害债权人的债权，债权人就不能对债务人的行为行使撤销权，

(5) 如果债务人使自己财产减少的同时没有从对方（第三人）获取利益，则不管对方（第三人）是否知道债务人的行为有害于债权人的债权，债权人均可行使撤销权。这种情形包括债务人放弃对第三人的债权、无偿转让财产给第三人。

(6) 如果债务人使自己财产减少的同时也相应从对方（第三人）获取利益，此时应区别两种情形：①如果债务人使自己财产减少的同时从对方（第三人）获取的利益非常微小，则只有在第三人知道债务人的行为有害于债权人的债权的情况下，债权人才可以行使撤销权。这种情形一般指债务人以明显低价转让财产给第三人。如果债务人以明显低价转让财产给第三人时，第三人并不知道债务人的行为有害于债权人的债权，则债权人不得行使撤销权。②如果债务人使自己财产减少的同时也从对方（第三人）获取了相当的利益，此时，不管第三人进行交易时是否知道债务人的行为有害于债权人的债权，债务人与第三人之间都是正常的交易行为，该交易行为和债权人与债务人之间的交易行为是同等效力的。在这种情况下，债权人不能行使撤销权。

债权人撤销债务人的行为后，产生如下效力：①对债权人而言，有权请求第三人向自己返还该第三人从债务人处取得的财产和财产权利。这些财产和财产权利返还给债权人后，债权人不能直接从中实现债权，则有义务将其加入到债务人的总财产中，作为保全全体一般债权人债权实现的共同担保财产。然后债权人才可以从债务人的总财产

中实现债权。如果这些财产和财产权利是债权人债权的标的，则债权人可直接从第三人返还的财产和财产权利中实现债权。②对债务人而言，债务人的行为因被撤销而自始无效，包括：债务人放弃自己债权的，视为未放弃；债务人无偿或明显低价转让财产的，视为未转让；债务人承担债务的，视为未承担；债务人向其他人让与债权的，视为未让与。③对相对人而言，因债务人的行为被撤销，相对人从债务人的行为中取得的财产和财产权利应返还给债权人，而非返还给债务人，原物不能返还时应折价补偿。

本案中，支行若要实现债权，存在一个先决条件，即卞军祥必须有足够的财产偿还债务，而卞军祥曾经有足够财产住宅来偿还债务，但现在卞军祥已在离婚财产分割协议中将住宅无偿分给其前妻。在这种情况下，支行要实现债权，只能根据《合同法》第 74 条关于债权人行使撤销权的规定，撤销卞军祥无偿转让财产的行为。卞军祥的行为使得作为债权人的支行完全符合上述行使撤销权的条件，因此支行可以依法行使其撤销权，以保证自己的合法利益。

49. 企业分立后，原企业的贷款由谁来偿还？

【案情】

2002年1月至2004年1月期间，某银行和晓声鞋厂先后签订了流动资金借款合同28份，由银行向晓声鞋厂提供贷款共计1211万元，其中900万元由晓声鞋厂用其厂房作为抵押。合同签订后，银行依约向晓声鞋厂提供了贷款。借款期限届满，晓声鞋厂仅归还本金20万元。银行多次向其催收借款及利息未果。

2003年2月，晓声鞋厂开办厚泰鞋厂、国信制衣厂。晓声鞋厂以固定资产向厚泰鞋厂出资256万元，其余为职工集资，注册为股份合作制企业法人；晓声鞋厂向国信制衣厂出资170万元，其余为职工集资，注册为股份合作制企业法人。2004年4月，晓声鞋厂又开办了协和贸易公司、成亮机械厂，分别向其注资10万元和100万元，注册为集体所有制企业法人。

2005年8月，银行向晓声鞋厂发出还款通知书，至此，晓声鞋厂仍未偿还剩余欠款及利息。银行遂向法院起诉，要求厚泰鞋厂、国信制衣厂、协和贸易公司、成亮机械厂等与晓声鞋厂一起承担偿还剩余本金及利息的责任。

【争鸣】

■原告某银行提出，晓声鞋厂欠贷不还，又将企业部分资产分出成立新的企业法人，新的企业法人拒不承担晓声鞋厂的债务，损害自己的合法利益，因此请求厚泰鞋厂、国信制衣厂、协和贸易公司和

成亮机械厂等与晓声鞋厂共同承担归还其余本金及利息的责任。

■被告晓声鞋厂提出，我厂开办厚泰鞋厂、国信制衣厂、协和贸易公司和成亮机械厂等是为了盘活资产，扩大经营，不存在转移资金的情况，没有影响银行的利益。



【律师点评】



本案中涉及的是企业分立后的债务承担问题。所谓企业分立，是指将一个企业按照法律规定或者合同约定变为两个或两个以上企业的法律行为。

企业分立有两种形式：一、新设分立，即将原有一个具有法人资格的企业分割成两个或者两个以上的具有法人资格的企业。新设分立以原有企业法人资格消灭为前提；二、派生分立，即将原有一个企业的部分分出成立一个或几个新的企业。分出的企业法人资格不以原企业法人资格消灭为前提。本案中，晓声鞋厂的分立行为属于派生分立。

企业分立的法律后果直接影响企业法人权利的行使和义务的履行，也涉及债权人的利益。规范化的企业分立应当在分立前，首先以企业自己的财产清偿债务，然后将剩余财产移交或者分出一部分给新的企业法人，也可以通过协议将原有企业法人的债务转移给分立后的企业法人。如果企业只将自有财产分到几个新成立的具有法人资格的企业，而原有企业法人债务仍由原企业法人承担，这实际上是一种通过企业分立逃避债务的行为，损害债权人的合法权益。

本案中，晓声鞋厂将其资产分出一部分成立厚泰鞋厂、国信制衣厂、协和贸易公司和成亮机械厂等几个企业法人，各个分立的企业又不承担晓声鞋厂的债务，侵害了银行的合法利益，显然，晓声鞋厂的

分立过程欠缺保护债权人的程序，其分立程序有瑕疵。

我国《民法通则》第44条规定：“企业法人分立、合并或者有其他重要事项变更，应当向登记机关办理登记并公告。企业法人分立、合并，它的权利和义务由变更后的法人享有和承担。”企业分立后，原有企业的债务依法由分立后的企业或新设立的企业当然地、概括地承担。“当然”就是不附先决条件，“概括”就是原有企业的全部债务由分立后的企业或者新设立的企业承担，承担企业不得选择。这是因为，原有企业的全部或部分资产由分立后的企业或者新设立企业享有，依照权利义务相一致的原则，原有企业的债务理所当然应由他们共同承担，不能因企业分立导致债权人合法权益受到损害。厚泰鞋厂、国信制衣厂、协和贸易公司和成亮机械厂是由晓声鞋厂以调拨资产、借款等形式出资开办的，或主要由晓声鞋厂提供资产开办的，所以应以晓声鞋厂所分割或提供的财产为限，与晓声鞋厂共同清偿所欠银行的债务。

50. 委托贷款合同中，将借款直接归还给委托人的，能否得到支持？

【案情】

2005年8月29日，山江公司与某银行营业部签订一份委托贷款合同，约定山江公司将自有资金50万元委托某银行营业部借给万象设备安装公司，月利率为8%，同日，某银行营业部与万象设备安装公司签订一份委托贷款借款合同，约定营业部接受山江公司的委托借款50万元给万象设备安装公司，月息8%，期限3个月。同日，山江公司与万象设备安装公司签订了一份抵押合同，约定以万象设备安装公司的经营权作为上述借款的抵押。上述合同签订后5日，营业部将50万元转到万象设备安装公司账户。借款到期后，万象设备安装公司没有按期还款。2005年12月30日，万象设备安装公司交给山江公司法定代表人姜米勒人民币50万元及利息，姜米勒出具收据给万象设备安装公司。后营业部向万象设备安装公司催还借款，万象设备安装公司以款项已还给山江公司为由，拒绝还款给营业部，山江公司和营业部于是向法院起诉，要求万象设备安装公司偿还50万元及利息。

【争鸣】

■原告山江公司提出，万象设备安装公司将借款还给姜米勒，姜米勒向万象设备安装公司出具的收据是以姜米勒个人名义出具的，并未加盖公司印章，因此姜米勒的行为属于个人行为，山江公司并未

收到万象设备安装公司的还款。

■ 原告营业部提出，营业部与万象设备安装公司签订了委托贷款借款合同，借款额为50万元，月息8%，借款期限为3个月，该合同系双方真实意思的表示，因此是合法有效的，万象设备安装公司应当按照合同约定的还款时间还款。但是万象设备安装公司以将款项还给山江公司为由拒不还款属于违约行为。

■ 被告万象设备安装公司提出，我公司已于2005年12月30日，将借款50万元及利息还给了山江公司，有其法定代表人姜米勒出具的收据为证，双方的债权债务已经消灭，本公司不应当再承担任何还款责任。



【律师点评】

本案主要涉及的是委托贷款合同。委托贷款合同关系与一般的借款合同关系不同，它所涉及的有三方关系，即委托人、贷款人（受托人）、借款人之间的关系。本案的关键在于合同三方之间的权利义务应当如何安排，及如何认定万象设备安装公司交给山江公司法定代表人姜米勒50万元及利息的性质。

从资金来源看，万象设备安装公司借用的50万元确实是山江公司所有的，委托贷款合同和委托贷款借款合同两份合同中都写明了山江公司委托营业部将50万元借给万象设备安装公司，三方都认可这一约定。

但是，从合同法律关系来看，山江公司和万象设备安装公司之间并没有签订借款合同，双方之间没有发生直接的借贷关系，而是由营业部居中分别与山江公司、万象设备安装公司订立委托贷款合同和委托贷款借款合同，因此，营业部与万象设备安装公司之间存在借贷关

系，与山江公司之间是委托贷款关系。委托贷款关系的委托代理与一般的民事委托代理不同。一般的民事委托代理关系是受托人以委托人的名义进行民事活动并由委托人承受其权利义务后果，而在委托贷款关系中，受托人不以委托人的名义，而是以自身的名义与他人签订借款合同，并独立承受其权利义务后果。因此，营业部与万象设备安装公司所签订的委托贷款借款合同，其权利义务应由营业部承受，即万象设备安装公司应将借款本息还给营业部，而不是山江公司。

关于如何认定万象设备安装公司交给山江公司法定代表人姜米勒50万元及利息的性质问题，万象设备安装公司主张交给山江公司法定代表人姜米勒50万元及利息即消灭了双方之间的权利义务关系，此主张既无合同和法律依据，也没有营业部的委托或追认，因此万象设备安装公司付款给山江公司50万元及利息的行为，不管出于何种原因，都不能成为万象设备安装公司还款给营业部的依据，其提出的借款已还的主张不能成立。

最后，山江公司与万象设备安装公司之间签订的抵押合同，因山江公司与万象设备安装公司之间没有直接的债权债务关系，主债权不存在，抵押权亦不存在，因此该抵押合同不成立。

51. 私贷公用的情况下，谁应当承担还款责任？

【案情】

2004年8月16日，某银行（以下简称“银行”）与康晓明签订借款合同，合同约定：借款金额为10万元，月利率为9.9‰，到期日为2005年2月16日。同日，银行与琪比公司、李锐签订担保合同，担保方式为琪比公司、李锐提供连带责任保证，保证期间为主合同约定的债务人履行债务期限届满之日起两年。同年，10月9日，银行与康晓明、琪比公司、李锐、周扬签订担保借款合同，康晓明向银行借款10万元，月利率9.9‰，到期日为2005年10月9日，琪比公司、李锐、周扬提供连带责任保证。合同生效后，银行依约向康晓明提供了上述两笔借款，但康晓明没有按照合同约定归还本金和支付利息。据查，上述借款的实际使用人均为琪比公司。银行多次与康晓明交涉，要求其按照合同约定还款付息，康晓明均以借款是代琪比公司借的为由拒不承担还款责任。无奈之下，银行向当地法院起诉，要求康晓明按照合同约定偿还借款，并支付相应利息。

【争鸣】

■原告银行提出，本行与被告康晓明签订借款合同两份，其中对借款期限、月利率、借款金额等进行了详细的约定，合同生效后，本行按照合同约定向康晓明支付了所借款项，完成了自己应当承担的义务，康晓明也应当按照合同约定，如期归还贷款和利息。

■被告康晓明提出，自己与银行之间签订了借款协议不假，但

是借款是自己代琪比公司借的，属于职务行为，所借款项也由琪比公司使用，自己并非实际使用人，自己作为名义贷款人，不应当承担还款责任。



【律师点评】

本案涉及“私贷公用”的问题。所谓“私贷公用”是指法人或其他组织的工作人员以个人的名义在金融机构贷款，所贷资金直接用于法人或者其他组织生产经营的现象。实践中，多为企业负责人、会计、高级管理人员等将所借款项用于本企业的生产经营。

“私贷公用”案件包括金融机构、名义用款人和实际用款人三方主体，其法律关系可以根据我国《合同法》第402条和第403条规定进行处理。

《合同法》第402条规定：“受托人以自己的名义，在委托人的授权范围内与第三人订立的合同，第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系的，该合同直接约束委托人和第三人，但有确切证据证明该合同只约束受托人和第三人的除外。”第403条规定：“受托人以自己的名义与第三人订立合同时，第三人不知道受托人与委托人之间的代理关系的，受托人因第三人的原因对委托人不履行义务，受托人应当向委托人披露第三人，委托人因此可以行使受托人对第三人的权利，但第三人与受托人订立合同时如果知道该委托人就不会订立合同的除外。受托人因委托人的原因对第三人不履行义务，受托人应当向第三人披露委托人，第三人因此可以选择受托人或者委托人作为相对人主张其权利，但第三人不得变更选定的相对人。委托人行使受托人对第三人的权利的，第三人可以向委托人主张其对受托人的抗辩。第三人选定委托人作为其相对人

的，委托人可以向第三人主张其对受托人的抗辩以及受托人对第三人的抗辩。”

具体可按照以下情况进行认定和处理：

第一，名义借款人一直未披露实际用款人的，诉讼主体直接为借款合同的当事人即名义借款人，由其承担民事责任。

第二，名义借款人如果能够举证证明金融机构在订立借款合同时就明知名义借款人与实际用款人之间的委托代理关系的，名义借款人与金融机构之间订立的借款合同直接约束金融机构与实际用款人。诉讼主体直接为实际用款人，由实际用款人承担民事责任。但根据《合同法》第402条的单数规定，对于当事人虽然证明了金融机构在订立借款合同时明知名义借款人与实际借款人之间的委托代理关系，但金融机构订立合同时已明确表示借款合同仅约束金融机构与名义借款人的，诉讼主体仍直接为借款合同的当事人，名义借款人对金融机构承担民事责任。

第三，当事人不能举证证明金融机构在订立借款合同时知道名义借款人与实际用款人直接的委托代理关系的，名义借款人向金融机构披露了实际用款人之后，金融机构可以选择名义借款人或者实际用款人作为相对人主张权利。此时，诉讼主体应当根据金融机构的选择来确定。但一经披露并选定相对人后，金融机构不得再变更选定的相对人。

本案中，康晓明为名义借款人，琪比公司为实际用款人。首先，虽然康晓明为名义借款人，所借款项用于琪比公司的生产经营活动，但银行对此是不知情的，同时康晓明也没有提出其他证据证明借款时银行对其的借款实际由琪比公司使用是明知的，从该角度来讲，康晓明作为名义借款人应当承担责任；其次，康晓明不能按时还款时已经向银行披露了实际借款人是琪比公司，但是银行仍然选择起诉康晓明，应当视为银行选定康晓明作为相对人主张权利。在银行将所借款

项支付给康晓明时，该借款已为康晓明实际取得，至于款项由谁实际使用，是康晓明对该款项使用权的实际使用权的自由处分行为，因此康晓明依法应当承担还款责任。

52. 合伙债务转化为个人债务的，应当如何处理？

【案情】

阮金标、何翔两人合伙经营水产，二人出资相等，在当地工商局取得个人合伙营业执照。经营期间，由于资金周转困难，合伙组织于2003年10月向银行借款15万元。借款于2004年4月到期。由于经营亏损，2004年6月，阮金标、何翔将合伙组织所欠银行借款分到两人个人名下，书面约定二人各自偿还7.5万元借款及利息，银行认可二人订立的协议并在其上盖章。后银行多次向二人催收未果，遂向法院提起诉讼，要求阮金标、何翔二人各偿还7.5万元借款及利息，同时二人承担连带清偿责任。

【争鸣】

■原告银行提出，由阮金标、何翔二人成立的合伙组织于2003年10月向银行借款15万元，后二人签订协议约定各自偿还7.5万元，并得到我方认可，因此，阮金标和何翔应当各自偿还7.5万元及相应利息，二人应当承担连带清偿责任。

■被告阮金标、何翔提出，二人已签订协议约定各自偿还7.5万元及利息，此时的债务已经由合伙组织的债务转化为二人各自独立的债务，因此不应当承担连带清偿责任。



【律师点评】

本案主要的问题就是债权人认可合伙人分账协议即合伙债务转化为个人债务后如何处理。这主要涉及两个问题：本案的被告是合伙组织还是两个合伙人？如果应该以两个合伙人为被告，二人之间是否应当承担连带责任？

首先，本案的被告应当是两个合伙人。

从法律适用角度来讲，最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第47条规定："个人合伙的全体合伙人在诉讼中为共同诉讼人，个人合伙有依法核准登记的字号的，应在法律文书中注明登记的字号。"《中华人民共和国民事诉讼法》是程序法，相对于《中华人民共和国民法通则》有关程序方面的规定，应当是特别法，最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》（以下简称《适用意见》）相对于最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》有关程序方面的规定应当是特别规定。同时，《适用意见》是1992年7月14日发布的，明显晚于1988年1月26日发布的《贯彻意见》。当两者规定有冲突时，应当参照我国《立法法》第83条所确立的"特别规定优于一般规定，新规定优于旧规定"的原则，适用《适用意见》，即应列阮金标、何翔两个合伙人为被告，但应注明系合伙组织合伙人。

从本案事实角度来讲，借款合同虽以合伙组织名义与银行签订，但作为债权人的银行认可阮金标和何翔的分账协议，改变了原借款合同的法律关系，合伙债务转化为个人债务，这种实体责任的承担，决定了合伙人应当为被告。

其次，作为被告的两个合伙人不应当承担连带偿还责任。

《合同法》第84条规定："债务人将合同的义务全部或者部分转移给第三人的，应当经债权人同意。"具体到本案而言，银行和合伙组织为借款合同的债权人和债务人，阮金标和何翔分别是借款合同的"第三人"。假如本案中银行不认可阮金标与何翔的分账协议，那么此分账协议只能在阮金标和何翔之间形成内部约束，对债权人银行并无约束力，即对内按约定分担债务，对外负连带责任。

但本案的债权人银行认可了合伙人阮金标和何翔的分账协议，则借款合同的法律关系发生了根本性变化。表现在：借款关系的当事人由原来的银行和合伙组织，变为现在的银行和阮金标、何翔；债务的性质由原来的合伙债务变为现在的个人债务；用于清偿债务的财产由原来的首先以合伙组织财产承担责任，不足清偿时，才以个人财产承担责任，变为现在只能以个人财产承担责任。既然债务性质已经由合伙债务转化为个人债务，就谈不上相互间负连带责任的问题。

因此，对于原告银行起诉合伙人阮金标、何翔要求还款是正确的，但是要求二人承担连带偿还责任是错误的。

53. 对于到期债权，出借人能否单方面主张抵销？

【案情】

2002年4月19日，武丽的丈夫邓科因从事进出口贸易，向当地中国银行某支行贷款50万元。双方签订了贷款合同，约定半年后还款。贷款到期后，邓科向某支行申请延期，重新签订贷款合同，约定2003年4月19日归还贷款。到期后，经某支行工作人员多次催收，邓科仍未还款。2003年1月起，武丽的工资由当地财政拨付某支行代发，某支行以邓科的贷款系夫妻共同债务为由，从2003年6月开始从银行账户中直接扣除武丽的工资。武丽对于某支行的做法感到非常气愤，多次向有关部门反映，但均没有得到满意的答复。某支行一直持续不断地从账户中扣除武丽工资，多次协商未果的情况下，武丽向法院起诉，要求某支行退还从其银行账户中非法扣划的工资。

【争鸣】

■ 原告武丽提出，自己与某支行之间没有借贷关系，某支行在未经自己同意的情况下，擅自从自己的银行账户中扣划工资，属于非法行为，因此某支行应当退还已经扣划的工资。

■ 被告中国银行某支行提出，武丽与邓科系夫妻关系，该借款系他们的共同债务，因此扣划武丽相应工资抵到期债务，合理合法。



【律师点评】

本案涉及的问题是到期债权能否抵销。

我国《合同法》规定了抵销法律制度，《合同法》第99条规定："当事人互负到期债务，该债务的标的物种类、品质相同的，任何一方可以将自己的债务与对方的债务抵销，但依照法律规定或者按照合同性质不得抵销的除外。当事人主张抵销的，应当通知对方。通知自到达对方时生效。抵销不得附条件或者附期限。"第100条规定："当事人互负债务，标的物种类、品质不相同的，经双方协商一致，也可以抵销。"

根据上述规定，抵销可以分为法定抵销和合意抵销。法定抵销是指合同当事人双方互付到期债务，并且该债务的标的物种类、品质相同，任何一方当事人作出的使相互间相当数额的债务同归消灭的意思表示。合意抵销是指当事人双方经过协商一致而发生的抵销。法定抵销是以法律规定为基础的抵销，合意抵销是当事人意思自治原则的贯彻和体现。

法定抵销与合意抵销均能产生使互付债务消灭的效果，但两者也存在区别，具体而言：(1) 双方债务是否届清偿期不同。法定抵销中，双方债务需均届清偿期；而合意抵销中，双方债务是否届清偿期在所不问。(2) 抵销方法不同。在法定抵销中，须由抵销权人通知对方当事人；在合意抵销中，双方须协商一致达成抵销的合意。(3) 抵销标的物不同。在法定抵销中，要求抵销的"标的物种类、品质相同"；合意抵销中，当事人双方可以协商种类、品质不同的标的物进行抵销。(4) 能否附条件和附期限不同。在法定抵销中，抵销不得附条件或附期限；在合意抵销中，只要双方协商一致，可以附条件或附期限。

根据《合同法》第99条的规定，法定抵销必须具备如下条件：一、须双方当事人互负债务、互相债权。有可供抵销的双方债权债务的存在，此为抵销发生的前提。只有债务而无债权，或者只有债权而无债务，均不发生抵销。同时，双方当事人存在的两个债权债务必须合法有效。二、须双方债务均届清偿期。可供抵销的债权，原则上是能够请求履行的债权，未到期的债权，债权人尚不能请求履行，因此不能主张抵销。否则，无疑是强迫债务人抛弃期限利益而提前履行。三、双方债的标的种类、品质相同。因债的目的在于满足当事人的需要，因此债的标的种类相同，应为抵销的条件。如双方所负债务的标的种类不同，双方各有其经济目的，如允许抵销，则不免使得乙方或双方当事人的目的难以达到，与债的目的相悖。因此适于抵销的债务，以金钱和种类物居多。以特定物为债权标的时，原则上不允许抵销，但债因履行不能而转化为金钱债务时，可以抵销。

抵销可以产生如下效力：第一，双方对等数额的债权因抵销而消灭，抵销为债的绝对消灭，因此抵销成立后不得撤回，抵销后当事人一方对同一债务的清偿，属于不当得利，由利益受领人负返还义务。第二，在双方债权的数额不对等时，对尚未抵销的部分，债权人仍有受领清偿的权利。

本案中，首先，原告武丽与被告某支行或武丽的丈夫邓科与某支行之间不存在协议抵销的情况，因此某支行主张抵销应当适用《合同法》中关于法定抵销的规定。其次，在明确应当适用法定抵销规定的前提下，就应当看本案中某支行的抵销行为是否符合法律的相关规定。原告武丽的丈夫向被告中国银行某支行贷款和某支行应付给武丽的工资存款均是到期债权，且是合法的，种类、品质也均相同，都是货币，貌似可以适用抵销法律制度，但本案原告武丽并非被告某支行的直接债务人，被告的直接债务人是原告武丽的丈夫邓科。从武丽的角度出发，被告某支行是其债务人，同时对武丽并不享有债权，因

此原被告之间并不是真正的互为债权人，互负债务。另外，虽然被告某支行的债务人邓科与原告武丽是夫妻关系，但邓科的借款是否系夫妻关系存续期间的共同债务，在夫妻没有明确认可的情况下，被告某支行并不能单方做出认定，须通过法定程序才能确认。综上所述，本案不符合适用抵销权的法定条件。在不能行使抵销权的情况下，当然上文中提到的抵销产生的效力也就无法显现出来。被告可以通过对原告的丈夫邓科另案起诉，要求其偿还借款的方式追回贷款。但本案中，被告未经原告的同意，擅自从其个人账户中扣划工资的行为是不合法的，应当予以退还。

54. 贷款人在发放贷款过程中发现借款人经营情况严重恶化的，可否中止发放贷款或解除合同？

【案情】

2006年5月12日，某实业公司（以下简称“实业公司”）与某商业银行（以下简称“银行”）签订《借款合同》，合同约定：实业公司为解决流动资金向银行贷款150万元，期限自2006年5月12日到2006年11月12日，月息为6‰，如果实业公司没有按照合同约定用途使用借款，商业银行有权提前收回借款。

合同签订后，银行先向实业公司发放部分贷款30万元。合同签订后一个月内，实业公司经营不善、经济状况严重恶化，不仅出现了多个债权人向实业公司索要欠款的情况，还出现了因拖欠职工工资被诉至法院的情形。鉴于此，银行决定中止履行与实业公司之间的《借款合同》，并于同日向实业公司发出中止履行的通知书，通知中提出，如果实业公司在收到通知书后1个月内提供适当担保，可恢复《借款合同》的履行。但之后，实业公司未能在银行要求的1个月内提供相应担保。银行于是向实业公司发出解除《借款合同》的通知，实业公司收到解除通知后，多次与银行交涉，要求银行继续履行《借款合同》，最终未有结果，于是向法院起诉，请求法院判决银行继续履行合同。

【争鸣】

■ 原告实业公司提出，我公司与银行于2006年5月12日签订

《借款合同》，合同约定借款期限为2006年5月12日到2006年11月12日，现还款期限未到，银行应当按照合同履行发放贷款的义务。

■ 被告银行提出，我行并非无故停止发放贷款，是因为实业公司发生了经营不善、经济状况严重恶化的情况，我行向其提出提供适当担保的要求，实业公司也无法做到，为了保证贷款安全，我行不得已向其提出解除合同。



【律师点评】

本案主要涉及的是贷款人行使不安抗辩权的问题。

所谓不安抗辩权，是指在双务合同中，应当先履行债务的一方在有确切证据证明后履行债务一方出现了足以影响其对待给付的情况下，可以中止履行合同并有条件地解除合同的权利。

我国《合同法》第68条规定："应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方有下列情形之一的，可以中止履行：（一）经营状况严重恶化；（二）转移财产、抽逃资金，以逃避债务；（三）丧失商业信誉；（四）有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。当事人没有确切证据中止履行的，应当承担违约责任。"第69条规定："当事人依照本法第六十八条的规定中止履行的，应当及时通知对方。对方提供适当担保时，应当恢复履行。中止履行后，对方在合理期限内未恢复履行能力并且未提供适当担保的，中止履行的一方可以解除合同。"根据上述法律规定，不安抗辩权的适用条件如下：

（一）因同一双务合同互负债务。不安抗辩权只能发生于双务合同中，单务合同中不能产生不安抗辩权。

（二）债务的履行有先后顺序。履行有先后顺序即异时履行，双方履行合同的时间不一致，有先后顺序，一方先履行，另一方后履

行。根据我国合同法的规定，对一般买卖合同，除法律有特别规定外，一般是同时履行；而对于租赁、保管、承揽、运输、委托等合同，根据我国合同法的规定，除当事人有特别约定外，根据合同的性质，一般是异时履行。

（三）后履行一方有丧失或可能丧失履行债务能力，即财产状况发生恶化的情形。根据《合同法》的规定，后履行方丧失或可能丧失履行能力的原因有：

1. 经营状况严重恶化。如果后履行一方已经濒临破产，处于停产或半停产，遭受经营上或财产上的重大损失，因资金困难而不能支付相互间先期发生的债务，已经严重影响到先履行方债权的实现，均可认为属于经营状况严重恶化。

2. 转移财产、抽逃资金，以逃避债务。如果说经营状况严重恶化，还不是后履行一方主观愿望所致，那么如果后履行一方主观上就没有履行合同的诚意或根本就是为了诈骗，先履行一方当然可以主张不安抗辩权。因为此时先履行一方确确实实地感觉到“不安”了。转移财产是指将自有的财产隐匿起来或者无偿及低价将财产转让给他人的行为。抽逃资金是指在不改变工商登记的情况下将资金转移隐匿的行为。如果抽逃的资金是公司的注册资金，根据《刑法》第159条的规定，构成抽逃出资罪，是犯罪行为，要承担刑事责任。以上行为的目的都是为了逃避债务，让自己事实上无法承担任何财产责任，损害先履行方的利益。如果后履行方转移财产（无偿或以明显低价）行为是发生在先履行一方履行义务之后，则先履行方可根据《合同法》第74条、第75条的规定行使撤销权，而不发生不安抗辩权。

3. 丧失商业信誉。商业信誉是合同主体的信用程度。在市场经济条件下，信用可以说是交易的基础。如果一方主体丧失了商业信誉，那么交易对方理所当然地要怀疑其履约能力。如商场多次经销假冒伪劣商品，所卖商品质量低劣，多次不履行与他人合同，不付款等

情况；建筑施工企业承建的工程发生倒塌、倾斜、致人伤亡，多次发生不按期交工等情况，均可认为丧失了商业信誉。

4. 有丧失或可能丧失履行债务能力的其他情形。这是一个概括性的条件，适用现实生活中可能发生而立法时又无法一一列举的情形，同时留给法官自由裁量的权力。如后履行一方丧失履行能力但不体现为财产减少及经营恶化的情况。例如：特定物的买卖合同，应当先付款的一方在付款时发现该特定物已灭失，不可能交付时，可行使不安抗辩权，拒绝付款。又如，提供劳务的合同，应先付劳务费的一方发现该提供劳务者因病致残，劳务合同不可能履行，可拒绝先行支付劳务费。

（四）先履行方有确切的证据。我国《合同法》使用了“确切证据”标准，即先履行方主张不安抗辩权，只有用确切证据来证明发生了法定的四种情形，而不能凭主观猜测。《合同法》之所以采用“确切证据”的标准，是因为立法者担心不安抗辩权制度在实践中会被滥用。因此规定：没有确切证据中止履行的，应当承担违约责任。

从上述不安抗辩权的定义和法律规定来看，先履行一方之所以“不安”是因为有证据显示后履行一方有经营状况恶化、丧失商业信誉和恶意转移资金的情况，如果自己先履行，在很大程度上会遭受后履行一方无法按照约定履行的风险。鉴于这种“不安”，赋予先履行债务一方以提出抗辩的权利，以避免交易风险，维护公平交易是必要的。在借贷市场中，有的借款人以种种欺诈手段进行贷款欺诈，手段日益多样化和复杂化，贷款人虽有义务进行审核，但往往是防不胜防，极大地侵害了贷款人的合法权益，加剧了贷款人不良债权的负担，甚至对稳定健康的金融活动和市场秩序产生了冲击。不安抗辩权的行使能有效地维护先履行一方的合法权益，较好地保护交易安全和市场秩序稳定。

本案中，银行与实业公司签订的《借款合同》合法有效。根据

《借款合同》的约定，银行首先应当向实业公司履行义务即发放贷款，但在合同履行过程中，银行发现实业公司的经营状况严重恶化，在此情况下，银行中止履行双方的合同是公平合理的，也是有法律依据的。在银行向实业公司发出中止履行通知后，实业公司未能在合理期限内向银行提供适当担保，也未能恢复履行能力，银行有权解除双方的《借款合同》。实业公司请求法院判决继续履行《借款合同》没有法律和事实依据，不应当得到支持。

55. 贷款人转让权利通过公告方式通知借款人，是否具有法律效力？

【案情】

2005年3月10日，某银行与某公司签订一份《借款合同》，约定某银行借款100万元给某公司，期限为合同签订日至2006年3月10日，年利率为8.2%。借款到期后，某公司因经济困难无法偿还某银行的借款。2006年4月10日，某银行与某科技公司签订一份《债权转让合同》，约定某银行将其享有的对某公司的债权（贷款本息）108.88万元转让给某科技公司。此后，某银行在某公司所在城市的主要报纸刊登了有关转让债权的公告，某公司也知晓该公告，但某银行没有发书面通知给某公司。某科技公司向被告某公司追索上诉欠款本息未果，遂向法院提起诉讼，要求某公司偿付欠款108.88万元。

【争鸣】

■某科技公司提出，某公司与某银行签订的《借款合同》合法有效，应受法律保护。某银行与某科技公司签订的《债权转让合同》双方意思表示真实，内容没有违反法律规定，也是有效合同。在某银行与某科技公司签订《债权转让合同》后，某银行已经通过报纸将有关债权的内容通知某公司，该转让债权的行为在发出公告后就已经生效，因此，某公司应当向某科技公司偿付欠款。

■被告某公司提出，转让债权没有书面通知某公司，所以某公司没有偿付欠款的义务，法院应当驳回某科技公司的诉讼请求。



【律师点评】

本案涉及的主要问题是债券转让后如何通知债务人，通过公告方式通知债务人，是否具有法律效力。债权转让又称合同权利转让、债权转让与或债权人变更，是指合同债权人通过协议将其债权全部或部分转让给第三人的行为。债权人既可以将合同中的全部权利转让给他人，也可以仅仅转让合同债权的一部分。债权转让是合同债权人的变更。《合同法》第79条规定："债权人可以将合同的权利全部或者部分转让给第三人，但有下列情形之一的除外：（一）根据合同性质不得转让；（二）按照当事人约定不得转让；（三）依照法律的规定不得转让。"债权让与的合同构成要件为：一、有有效的借款合同的存在是债权转让的前提条件。二、债权权利转让须由转让人与受让人之间达成协议，这是债权转让的基础。三、债权转让的债权须具有让与性，这是债权转让的必要条件。四、债权转让须合法，不得损害社会公共利益，这是债权转让的合法性条件。五、债权转让须通知债务人，这是债权转让的生效条件。

关于债权转让须如何通知和债务人享有何种权利，《合同法》第80条规定："债权人转让权利的，应当通知债务人。未经通知，该转让对债务人不发生效力。债权人转让权利的通知不得撤销，但经受让人同意的除外。"第82条规定："债务人接到债权转让通知后，债务人对让与人的抗辩，可以向受让人主张。"第83条规定："债务人接到债权转让通知时，债务人对让与人享有债权，并且债务人的债权先于转让的债权到期或者同时到期的，债务人可以向受让人主张抵销。"从上述法律规定来看，债权转让通知债务人是债权转让生效的必要条件，通知是由债权人向债务人发出的，而不是受让人发出的。至于通知的方式，法律没有明确的规定。是否发出通知，举证责任在

于原债权人，发出通知的方式既可以是书面的，也可以是口头的，甚至还可以以行为方式做出，但要到达债务人时，该转让才对债务人生效。

在本案中，某银行将其对某公司享有的债权转让给某科技公司，其虽未书面通知某公司，但其通过某公司当地的报纸发出了公告，而且某公司也通过公告知晓了债权转让的内容，即债权转让已经到达债务人，对作为债务人的某公司生效，该公告方式通知债务人是具有法律效力的。某公司辩称其未收到书面通知，不同意履行债务的抗辩是没有法律依据的，因此，依法得不到法院的支持。

56. 被吊销营业执照的企业拖欠银行借款，企业的股东或上级主管单位应负何种责任？

【案情】

2004年3月22日，某银行与某实业公司签订贷款合同一份。2004年3月23日，某银行、某实业公司、某投资公司又签订了一份担保贷款合同。另外，投资公司还向某银行出具了一份担保保证书。上述合同约定：由某银行借给某实业公司1000万元，月息0.59%（如遇利率调整则相应调整）；期限6个月；担保人某投资公司对上述贷款承担连带责任，保证期至借款本息清还之日止。上述合同签订后，某银行于同年3月24日将借款1000万元付给了某实业公司，供其使用。借款到期后，某实业公司仅归还了某银行借款本金760万元，利息付至2004年12月23日。2005年3月11日，某实业公司被工商部门吊销营业执照，其股东为于海德、方立意。2005年4月1日，某投资公司也被工商部门吊销营业执照，其主管单位（投资人）为某集团公司。为维护自己合法权益，某银行向法院起诉，请求判令于海德、方立意清理某实业公司的财产，并以清理的财产清偿本案的债务。

【争鸣】

■原告某银行提出，于海德、方立意作为某实业公司的股东，应当对实业公司的财产进行清理，以清理的财产偿还某银行的借款。某集团公司作为某投资公司的主管单位，也应当对某投资公司的财产

进行清理，以清理的财产承担连带责任。

■ 被告于海德、方立意提出，某实业公司已经被工商部门吊销营业执照，这就表明某实业公司作为主体已经宣告消灭，那么某实业公司所应当承担的民事责任自然应当消灭，而不是再由于海德和方立意来承担民事责任。



【律师点评】

本案是一起借款人及保证人被吊销营业执照后，银行作为债权人要求借款人及其保证人的股东或投资人履行清理责任，以清理财产偿还债务所引起的担保借款合同纠纷。案件主要涉及企业法人的清理责任问题。

关于企业被吊销营业执照后产生的法律后果，目前在理论界和实践中仍存在较大的争议，但目前主流观点有两种："公司法人资格消灭说"和"公司经营资格消灭说"。一、关于"公司法人资格消灭说"。该观点满足了方便国家管理的需要，也与营业执照具有双重效力的立法现实相一致。但是这种关于被告一旦被吊销营业执照其主体即宣告消灭的观点，忽视了公司消灭的过程性，没有给公司留出处理善后事务的时间，既与公司法律主体资格必经清算才能消灭的法人终止理论通说相冲突，也与我国相关法律在法人终止问题上所采取的登记要件主义相背离，更不利于在实践操作中对债权人利益的保护，这是很大的缺陷。二、关于"公司经营资格消灭说"。该观点的目的旨在解决公司被吊销营业执照后的资格问题。就立法、执法、司法的旨意而言，吊销营业执照的目的在于停止企业的营业，不允许其继续从事新的经营活动，而不是禁止企业进行清算活动；而要进行清算，企业的法人资格就是必要的主体条件。因此，吊销营业执照的后果就是

取消企业的营业资格，而不应同时将其法人资格一并取消，法人资格的取消必须以公司清算完结并办理注销登记为条件。这种观点具有较为普遍的代表性，已经得到越来越多的理论界和实务界人士的认可。公司被吊销营业执照后其诉讼主体如何确定？依第二种观点，公司被吊销营业执照后已经成立清算组的，债权人主张债权时，应当确定公司为被告，并由清算组的负责人代表公司参加诉讼；公司被吊销营业执照后未成立清算组的，债权人主张债权时，除了应当确定公司为被告外，还应当追加清算义务人作为诉讼主体，直接判决清算义务人在一定期限内对公司进行清理，以公司清理后的财产承担责任。本案法院在处理上即采用了上述第二种观点。

需要指出的是，上述被告于海德、方立意和某集团公司仅承担清理责任的前提是对实业公司和投资公司的投资已到位，如作为股东或投资人的上述被告出资不实，或注册资金不足，则要承担相应的出资不实或注册资金不足的法律责任，这个问题在此不作探讨。

57. 在债务人不履行还款义务时，债权人能否要求开发商履行回购义务？

【案情】

1999月2月2日，某银行与夏汉桓、某房地产公司签订了一份楼宇按揭贷款合同，约定夏汉桓以其向房地产公司购买的房产一套作抵押，向某银行借款人民币70万元，作为夏汉桓向房地产公司购房款的一部分，以购房款的名义存入房地产公司账户，月息6.435‰，分180期按月等额偿还；房地产公司对夏汉桓的上述借款本息及实现债权的费用等承担连带保证责任和楼宇回购保证责任，保证期至借款期限届满之后两年；如夏汉桓有未按约还款等违约行为，某银行有权要求夏汉桓及房地产公司提前清偿全部借款，并有权要求房地产公司承担保证责任，或要求房地产公司承担楼宇回购责任，或由某银行从房地产公司账户中直接扣款清偿。合同签订后，某银行于同年3月10日依约将借款人民币70万元发放至房地产公司账户。该抵押房产在房地产部门办理了抵押登记。但夏汉桓没有按约还本付息，夏汉桓从2000年8月16日开始停止供楼，房地产公司也未承担保证责任或回购责任。截至2001年6月25日，夏汉桓拖欠某银行借款本金人民币657440.30元、利息人民币28431.77元，为此，某银行向法院提起诉讼，请求判令夏汉桓清偿借款本金人民币657440.30元及2000年8月16日之后的利息，房地产公司承担回购责任或处分抵押房产清偿，并由房地产公司承担连带清偿责任。

【争鸣】

■原告某银行提出，某银行与夏汉桓、房地产公司签订的楼宇按揭贷款合同是当事人的真实意思表示，合同依法成立，具有法律效力。当事人应全面履行合同确定的义务。夏汉桓未依约还款，应承担违约责任，向某银行归还所欠借款本金以及利息。而夏汉桓没有按约还本付息，房地产公司就应当承担保证责任或回购责任。

■被告房地产公司提出，回购属于当事人的意思自治范围，应由当事人自主决定。尽管本案合同的回购条款没有违反法律、行政法规的强制性规定，但是回购条款规定过于原则，没有具体的操作事项，在当事人未作进一步协商的前提下，法院不应据此要求房地产公司履行回购责任。



【律师点评】

本案的焦点问题是在债务人不履行还款义务时，债权人能否要求开发商履行回购义务？在房地产实践中，开发商回购条款或回购协议一般发生在按揭贷款合同中，由购房人、银行、开发商三方主体共同签订，回购一般是以抵押贷款合同中的回购担保条款的形式出现。设定回购担保条款，这个约定在预计房产升值和买方与开发商约定先付首期款余款分期支付的情况下，对开发商比较有利。内容一般约定为：当购房人支付首期付款后连续几个月不能还款，则贷款人可以解除合同，并要求开发商对该商品房予以回购，开发商则按照回购条款或回购协议的约定向债权人直接回购房产偿还剩余贷款。一种观点认为，回购条款实质上是一种保证，因此称之为回购保证，理由是回购的特征符合保证担保的构成要件。但回购条款中关于代偿债务的约定

只是回购内容中的一部分，对抵押物的处理才是回购的主要内容，因此回购不属于保证。我国《担保法》中仅规定了五种担保方式，即：抵押、保证、质押、留置和定金，并没有所谓的“回购”，从严格意义上讲，我们所说的开发商“回购”并不是一个法律概念，而目前我国实务中个人住房贷款担保的形式也没有涉及开发商“回购担保”这一形式，不能将“回购”认定为一种担保方式。

另一种观点认为回购条款是银行与开发商在合作协议中约定债权让与条款，银行将从借款人手中取得的权益也即债权转让给开发商的一种债权让与行为，银行对借款人享有的主债权、本息、罚息、违约金及其他费用的偿还权转让于开发商。这种观点是不正确的。原因在于：首先从转让对象的性质来看，债权转让的对象是合同权利而非义务。根据我国目前法律的规定，债权的转让仅存在于合同当中，是一种合同权利的让与，是指合同一方将合同的权利全部或部分地转让给合同以外的第三人。开发商回购条款的目的是为了保护银行的利益，是向银行作出的向购房人承诺以约定价格购回住房的一种承诺，只要购房人违约，银行即可要求开发商回购，开发商就必须回购，从这个意义上说银行转移给开发商的并非权利而是义务，债权转让也与开发商回购的本意相去甚远。其次，银行对购房人的债权既没有因履行而消灭也没有转让给开发商，而抵押权的发生、移转及消灭，均应当从属于其所担保的债权，所以银行的对购房人的抵押权也没有转移给开发商。实际上开发商的回购也是为了替购房人履行对银行的债务，因此开发商回购也不同于债权让与制度。

开发商回购实际上是对银行的一种承诺，承诺银行作为抵押权人在实现抵押权并对住房进行变卖、拍卖抵押物时，开发商愿意直接购买抵押物；支付购房人所欠银行的贷款，因此回购条款事实上属于开发商认可的银行抵押物处分条款。在借款人违约时，银行行使抵押权处分抵押物时，开发商作为事先约定的抵押物的买受人，按合同约定

的价格或约定的计价方法确定的价格购买抵押物，不需要借款人的同意，既便于操作也提高了抵押物处分效率。

当事人约定的回购条款如不违反法律、行政法规的强制性规定，在借款合同有效的前提下应认定其有效，但因回购条款事实上属于开发商认可的银行抵押物处分条款，在债务人不履行还款义务时，如债权人直接提出要求开发商履行回购义务，如各方当事人就回购的各项基本内容达成协议的，可以支持贷款人要求开发商承担回购义务的请求；不能达成协议，且按照合同无法确定回购担保基本内容的，法院不应当支持，并告知当事人可在案件执行阶段以执行和解的形式履行回购条款。本案中，按揭贷款合同的回购条款没有违反法律、行政法规的强制性规定，依法应确认为有效。但是，该回购条款规定过于原则，没有具体的操作事项，在当事人未作进一步协商的前提下，法院不应据此要求当事人履行。因此某银行要求房地产公司履行回购责任，不予支持。

同一债权在人保和物保并存时，债权人如何主张权利？《担保法》第28条规定：“同一债权既有保证又有物的担保的，保证人对物的担保以外的债权承担保证责任。债权人放弃物的担保的，保证人在债权人放弃权利的范围内免除保证责任。”当债务人提供的物的担保与第三人设定的保证共存时，债权人应当要求债务人首先用自己提供的财产来满足债权人的债权，在物的担保不能清偿全部债权时，由保证人承担剩余部分的清偿责任。此时物保优于人保是可以适用的，先行使物的担保是债权人的一种义务。如果债权人直接要求保证人承担保证责任，保证人对债权人可以行使抗辩权。

最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第38条第1款规定：“同一债权既有保证又有第三人提供物的担保的，债权人可以请求保证人或者物的担保人承担担保责任。当事人对保证担保的范围或者物的担保的范围没有约定或者约定不明

的，承担了担保责任的担保人，可以向债务人追偿，也可以要求其他担保人清偿其应当分担的份额。”这时第三人提供的物的担保与保证共存，保证人和物的担保人在承担不利后果方面并无先后顺序之分。债务人在主合同规定的履行期限届满没有履行债务的，债权人可以要求物的担保人承担担保责任，也可以要求保证人在其保证范围内承担保证责任。

《物权法》第176条明确了《担保法》和《担保法解释》有关“人保和物保”的规定，并强调了双方当事人约定的效力，该条规定：“被担保的债权既有物的担保又有人的担保的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，债权人应当按照约定实现债权；没有约定或者约定不明确，债务人自己提供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权；第三人提供物的担保的，债权人可以就物的担保实现债权，也可以要求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后，有权向债务人追偿。”本案中，按揭贷款合同设置了物与人的担保，因为债务人夏汉桓自己提供物的担保，故保证人房地产公司的担保责任是抵押物范围外的连带清偿责任。夏汉桓未履行还款义务，逾期则处分夏汉桓抵押的房产，所得价款优先清偿的借款，不足部分由夏汉桓继续清偿；房地产公司应当对夏汉桓的上述债务及本案受理费在抵押物范围外承担连带清偿责任。

58. 借款合同中是否可以约定合同的生效条件和解除条件？

【案情】

2003年12月21日，戚具项与某银行（以下简称"银行"）签订《借款合同》，合同约定：戚具项为解决设立公司所需资金向银行借款70万元，借款期限从2003年12月21日至2004年12月21日，为期1年，月利率为5.45‰，如某有限公司于2004年1月15日前经工商行政管理部门批准设立，则借款合同生效，如借款后一个月内某投资银行（以下简称"投资银行"）借款70万元给戚具项，则银行有权解除与戚具项之间的《借款合同》。2004年1月10日，某有限公司经工商行政管理部门批准设立，银行于当日向戚具项发放贷款70万元。2004年1月17日，投资银行借款70万元给戚具项。得知上述情况后，银行与戚具项协商解除双方签订的《借款合同》，戚具项不同意解除合同，多次协商无果的情况下，银行将戚具项告上法庭，请求法院判决解除与戚具项签订的《借款合同》，并返还本金及相应利息。

【争鸣】

■原告银行提出，我行与被告戚具项签订《借款合同》，合同中对借款的基本情况进行了约定，同时还约定如某有限公司于2004年1月15日前经工商行政管理部门批准设立，则借款合同生效，如借款后一个月内某投资银行（以下简称"投资银行"）借款70万元给

戚具项，则我行有权解除与戚具项之间的《借款合同》。2004 年 1 月 10 日，某有限公司经工商行政管理部门批准设立，借款合同生效，因此我行于当日向戚具项发放贷款 70 万元。但是 2004 年 1 月 17 日，我行得知投资银行借款 70 万元给戚具项，根据《借款合同》约定，我行有权解除与戚具项之间的《借款合同》，戚具项应当将我行借出的本金及利息予以返还。

■ 被告戚具项提出，本人与银行之间签订的《借款协议》约定借款期限为 2003 年 12 月 21 日至 2004 年 12 月 21 日，为期一年，现还款期限还未到，银行无权要求偿还本金及利息。



【律师点评】

本案涉及的是附条件的借款合同。

所谓附条件的法律行为，是指行为人约定一定条件，将条件的成就与否作为发生或终止法律效力的根据的民事法律行为。附条件的借款合同是指借款合同的各方当事人把一定条件成就与否作为借款合同效力发生或者终止的依据。我国《民法通则》第 62 条规定：“民事法律行为可以附条件，附条件的民事法律行为在符合所附条件时生效。”

附条件借款合同中的条件应当具备如下条件：（1）须为将来发生的事实，如果是已经发生的既成事实，则不可以作为条件；（2）发生与否是不确定的，必将发生的事实不能作为条件设立；（3）由当事人议定；（4）必须合法，所附条件不得违反法律、法规的强制性规定或禁止性规定，如不得将赌博、吸毒等约定为条件；（5）能引起民事法律行为的发生或消灭，但不能与行为内容相矛盾。

所附条件可以进行如下分类：（1）生效条件和解除条件。前者

又称延缓条件，决定民事法律行为效力发生的条件。民事法律行为在条件成就时发生效力，在此之前民事法律行为的效力处于停止状态。后者又称消灭条件，决定民事法律行为效力终止的条件。在条件成就前，民事法律行为已经生效，在条件成就时失去效力。我国《合同法》第45条第1款规定："当事人对合同的效力可以约定附条件。附生效条件的合同，自条件成就时生效。附解除条件的合同，自条件成就时失效。"(2) 积极条件和消极条件。前者又称肯定条件，以发生某种客观事实为条件内容，该事实发生为条件成就，不发生为条件不成就。后者又称否定条件，以不发生某种客观事实为条件内容，该事实不发生为条件成就，发生为条件不成就。(3) 随意条件、偶成条件和混成条件，随意条件指条件成就与否决定于当事人一方的意思。偶成条件指条件成就与否取决于不由当事人一方意志所能左右的偶然事实。混成条件指条件成就与否取决于一方当事人和某个第三人的意思。

附条件民事法律行为的效力决定于条件成就与否，因此，任何一方不得以非法的手段促使或阻碍条件成就。各国民法一般都规定，如果条件的成就对其不利的一方不诚实地阻碍条件成就，则视为条件已成就。如果条件成就对其有利的一方不诚实地促使条件成就，则视为条件不成就。我国《合同法》第45条也做出了同样的规定。

本案中，银行与戚具项在《借款合同》中约定：如借款后一个月内某投资银行（以下简称"投资银行"）借款70万元给戚具项，则银行有权解除与戚具项之间的《借款合同》。该约定属于附解除条件的借款合同。当2004年1月17日投资银行借款70万元给戚具项时，借款合同所附解除条件已经成就，此时借款合同失效，因此银行要求解除借款合同并退还借款本息是合法的，应当得到支持。

59. 借款人、保证人张冠李戴，谁应承担偿还贷款的责任？

【案情】

苏瑞强因生意出现困难急需周转资金，便找到朋友邓福星，请求用邓福星所有的房产做抵押向银行贷款，由于二人平时关系不错，邓福星看到苏瑞强正处于困难时期，就答应了苏瑞强的请求。2004 年 4 月，苏瑞强、邓福星和银行三方签订了抵押贷款合同，合同中约定：借款人为邓福星，苏瑞强为保证人，借款额为 15 万元，月息 5 厘，借款期限为 6 个月，以邓福星房产作抵押担保，并办理了抵押登记。合同签订后第三天，苏瑞强在银行的现金付出传票上签字，将借款领走。借款到期后，经银行多次向邓福星、苏瑞强催要未果，遂将二人起诉至法院，要求偿还贷款 15 万元，并支付约定的利息。

【争鸣】

■ 原告银行提出，邓福星向本行贷款 15 万元，并以自有的房产作为抵押，办理了抵押登记；苏瑞强自愿充当保证人，三方之间的上述关系有抵押贷款合同为证。邓福星作为贷款人，应当按照抵押贷款合同约定的时间归还贷款，苏瑞强作为保证人，应当承担连带清偿责任。

■ 被告邓福星提出，虽然自己以借款人的身份在抵押贷款合同上签字，但实际上，苏瑞强才是真正的贷款使用人，自己只不过是个名义上的贷款人，在没有实际使用贷款的情况下，自己不应当承担偿

还贷款的责任。

■被告苏瑞强提出，自己、邓福星与银行三方之间签订的抵押贷款合同中明确约定，贷款人为邓福星，谁贷款谁还款，邓福星是贷款人，还款义务也理应由邓福星承担，自己不应当承担还款责任。



【律师点评】

本案中实际担保人应当是邓福星，而邓福星在借款合同中以借款人身份签字。实际用款人是苏瑞强，而苏瑞强在借款合同中以保证人的身份签字。乍看上去，似乎二者发生了混乱。谁借款谁应该是借款人，谁担保谁应当是担保人，本案中邓福星和苏瑞强所为又是为何？

抛开上述疑惑，仅从法律的角度出发来分析。苏瑞强、邓福星和银行三方所签订的抵押贷款担保合同，应为各方当事人的真实意思表示，为有效合同。在借款合同履行过程中，作为保证人的苏瑞强在借款付出的传票上签字将款项领走，应当视为代理邓福星领款的行为。

苏瑞强、邓福星和银行三方在签订抵押贷款合同时的意思表示都是非常明确的，作为邓福星应当意识到作为借款人所要承担的风险，只要其以借款人的身份在抵押贷款合同中签字，就意味着邓福星愿意承担作为借款人应当承担的责任。邓福星以自己不是贷款的实际使用人为由拒绝承担偿还借款的行为无法得到法律的支持。

因此，邓福星作为借款人应当承担偿还15万元借款及利息的责任，苏瑞强作为保证人应当承担连带偿还责任。

60. 借款人在借款到期前明确表示无力偿还借款的，贷款人要求借款人归还全部借款能否得到支持?

【案情】

2004年8月19日，黄叶兰因经济困难向钱江业借款，双方签订借款协议，约定：黄叶兰向钱江业借款9万元，借款分三期偿还，第一期3万元应于2004年11月18日前偿还，第二期4万元应于2005年2月18日前偿还，第三期2万元应于2005年5月31日前偿还。合同签订后第二天，钱江业将借款9万元交付给黄叶兰。2004年11月10日，钱江业向黄叶兰提及偿还第一期借款，黄叶兰表示因资金短缺，无力偿还借款。钱江业多次与其协商无果的情况下，将黄叶兰诉至法院，要求法院判决黄叶兰偿还全部借款9万元。

【争鸣】

■ 原告钱江业提出，本人与黄叶兰签订借款协议，约定借款分三期偿还，但是被告黄叶兰多次表示无力偿还借款，本人与其多次协商还款事宜均没有结果，按照我国相关法律规定，本人请求法院判决黄叶兰偿还全部借款9万元。

■ 被告黄叶兰提出，本人确实与钱江业签订了借款协议，钱江业借给本人9万元，但借款协议中约定得非常明确，借款分为三期偿还，现在借款还未到期，钱江业无权要求本人偿还全部借款。



【律师点评】

本案涉及的是借款人预期违约的问题。

我国《合同法》第108条规定:“当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行合同义务的，对方可以在履行期限届满之前要求其承担违约责任。”预期违约又作先期违约，包括明示毁约和默示毁约。当事人在合同履行期到来之前无正当理由明确表示将不履行合同，或者以自己的行为表明将不履行合同，即构成预期违约。

预期违约属于合同履行前的违约，而不是合同在履行期限到来之后的违约，所以预期违约与实际违约的根本区别在于它们发生的时间的区别。正是由于预期违约发生在合同成立以后，履行期限到来之前，因此它具有以下特点:

第一，预期违约是对期待债权的侵害而不是现实的债权的侵害。由于合同规定了履行期限，在履行期到来之前，债权人不得违反合同请求债务人提前履行债务，以提前实现自己的债权，所以在履行期限届满以前，债权人享有的债权只是期待债权而不是现实债权，对债务人来说，这种期限也体现为一种利益即期待利益，该利益应当为债务人享有。实际违约侵犯的是已到履行期的债权。

第二，预期违约表现为将来不履行合同义务，而不像实际违约表现为现实违反合同义务。当事人签订合同后，大多数都有一定的履行期限，在期限到来之前债权人不能请求债务人履行债务，所以合同履行期限前发生的违约是“可能的违约”。如果债务人以自己的行为表明不履行债务或明确表示不履行债务，即使这种行为发生在合同履行期之前，债务人的行为也会违反合同规定的义务，同时表明他根本漠视了其应负的合同债务，因此应构成违约。

第三，预期违约的主张人可以是合同的任何一方当事人。其主张

的唯一条件就是对方当事人具有法律规定的将不能履行合同或者将不履行合同的危险，如特定物买卖合同的出卖人在合同履行期届满前将标的物转卖给第三人，或买受人在付款期到来之前转移财产和存款以逃避债务，对方当事人可以主张其承担预期违约责任。

第四，在补救方式上与实际违约也有差别。预期违约是一种可选择的违约救济手段，在一方当事人明确表示违约情况下，当事人一方可以直接解除合同，使合同关系消灭，并可要求预期违约方承担损害赔偿责任；也可以等待合同履行期的到来，在另一方当事人实际违约时，依照实际违约请求对方当事人承担违约责任。在默示预期违约时，一方当事人可以中止履行合同（如果已有合同义务的履行时），要求预期违约方提供充分的保证，如果在合理的期限内默示违约方未能提供充分担保的，另一方当事人可以解除合同，并可以要求损害赔偿。

本案中，原告钱江业与被告黄叶兰之间签订的借款协议不违反法律强制性规定，原、被告之间的借款关系合法、有效。双方在借款协议中明确约定了还款期限，但是在还款期限到来之前，被告黄叶兰多次明确表示无力偿还借款，符合预期违约的特征，根据我国《合同法》第108条规定，原告钱江业要求被告黄叶兰提前归还全部借款应当得到支持。

61. 企业间借贷纠纷应当如何处理?

【案情】

华立药业有限责任公司与中复容器有限公司同在某市高新技术工业园区内，两家企业业务往来比较频繁，企业法人代表人私人关系也不错。2005年6月，华立药业有限责任公司因资金周转问题向中复容器有限公司借款50万元，并约定月息1分，借期1年。华立药业有限责任公司借款后因经营不善，到期后未能偿还。为此，中复容器有限公司诉至法院，要求华立药业有限责任公司偿还借款50万元，并支付借期内利息60000元，逾期利息20000元。

【争鸣】

■原告中复容器有限公司提出，本公司借给华立药业有限责任公司50万元，并且约定了借款利息总计60000元，现在借款已经到期，华立药业有限责任公司应当将借款及约定的利息偿还给本公司，而且由于延期给付，应当给予本公司相应的逾期利息。

■被告华立药业有限责任公司提出，根据我国相关法律规定，企业间借贷属于违法行为，本公司与中复容器有限公司之间签订的借款合同无效，借款合同无效则借款利息更加无从谈起。



【律师点评】

本案应该解决的问题有两个：第一，双方订立的借款合同是否有

效；第二，借款期内的约定利息60000元及逾期利息能否得到支持。

关于合同效力问题，我国金融法规明确规定，禁止企业之间的借贷。中国人民银行《贷款通则》第61条规定："各级行政部门和企事业单位、供销合作社等合作经济组织、农村合作基金会和其他基金会，不得经营存贷款等金融业务。企业之间不得违反国家规定办理借贷或者变相借贷融资业务。"最高人民法院《关于对企业借贷合同借款方逾期不归还借款的应如何处理的批复》规定："企业借贷合同违反有关金融法规，属无效合同。对于合同期限届满后，借款方逾期不归还本金，当事人起诉到人民法院的，人民法院除应按照最高人民法院法（经）发［1990］27号《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》第4条第2项的有关规定判决外，对自双方当事人约定的还款期满之日起，至法院判决确定借款人返还本金期满期间内的利息，应当收缴，该利息按借贷双方原约定的利率计算，如果双方当事人对借款利息未约定，按同期银行贷款利率计算。借款人未按判决确定的期限归还本金的，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第232条的规定加倍支付迟延履行期间的利息。"从上述两条规定来看，我国法律对于企业间借贷的行为持否定态度，对企业间借贷合同的效力不予承认。本案中，华立药业有限责任公司向中复容器有限公司借款的行为违反了我国相关法律的规定，因此属于无效合同。

对于企业间借贷合同被认定为无效之后，借贷利息的处理依据主要有两个，即最高人民法院《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》和最高人民法院《关于对企业借贷合同借款方逾期不归还借款的应如何处理的批复》。《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》规定："……对出资方已经取得或者约定取得的利息应予收缴。"《关于对企业借贷合同借款方逾期不归还借款的应如何处理的批复》规定："……对自双方当事人约定的还款期满之日起，至法院判决确定借款人返还本金期满期间内的利息，应当收缴，该利息按借

贷双方原约定的利率计算，如果双方当事人对借款利息未约定，按同期银行贷款利率计算。借款人未按判决确定的期限归还本金的，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第232条的规定加倍支付迟延履行期间的利息。”从以上规定来看，出借方的借贷利息面临着被收缴的法律风险。本案中，由于华立药业有限责任公司与中复容器有限公司之间的借款合同无效，因此双方之间约定的利息也无法得到法律支持，中复容器有限公司不能得到合同约定的利息和逾期利息。但是根据上述法律规定，华立药业有限责任公司仍然应当支付约定的利息及逾期利息，只不过该笔利息是被收缴，而不是交付给中复容器有限公司。



62. 如何认定名为联营的借贷合同?

【案情】

2004年6月17日，泉新公司与慧欣水泥公司签订合作经营5000吨水泥合同，合同约定：慧欣水泥公司负责组织货源、落实运输、验证质量、主持销售等一切经营活动，并负责出资30万元；泉新公司负责组织300万元货款；本次合作从购销到运输、质量、价格等一切经济风险都由慧欣水泥公司负责，无论经营赢利或者亏损，慧欣水泥公司保证付给泉新公司21万元利润；水泥运到港口后，泉新公司首先收回成本和利润，共计321万元；慧欣水泥公司使用资金不得超过三个月，逾期按月息7%计付利息。2004年7月30日，该批水泥运抵港口，但是部分水泥出现泄漏。慧欣水泥公司在水泥销售后共付给泉新公司148万元，还有173万元未付。由于慧欣水泥公司未按照协议付款，泉新公司向当地人民法院起诉，要求慧欣水泥公司按照协议约定支付173万元。

【争鸣】

■原告泉新公司提出，我公司与被告签订了合作经营合同，该合同是双方真实意思的表示，因此合法有效，慧欣水泥公司应当按照合作经营合同的约定向我公司支付321万元，但被告慧欣水泥公司背信弃义，没有按照合同约定履行义务，因此诉至法院，请求法院支持我公司的诉讼请求。

■被告慧欣水泥公司提出，原告的起诉缺乏法律依据，我公司

与原告签订的合作经营水泥合同中，含有无效的保底条款，原告应当对水泥经营亏损承担主要责任。



【律师点评】

本案的关键是如何认定当事人之间的合同关系。合作经营水泥合同中的有关条款，到底属于联营合同的保底条款，从而该合同应当被认定为联营合同，保底条款无效，还是应当属于名为联营实为借贷的合同，从而该合同应当被认定为名为联营实为借贷的合同，整个合同无效，这是本案的关键所在。

最高人民法院《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》第4条第1项规定，联营合同中的保底条款“通常是指联营一方虽向联营体投资，并参与共同经营，分享联营的盈利，但不承担联营的亏损责任，在联营体亏损时，仍要收回其出资和收取固定利润的条款”。此处保底条款因违背了联营活动中应当遵循的共负盈亏、共担风险的原则，损害了其他联营方和联营体的债权人的合法权益，因此应当确认无效。但是，保底条款无效，并不影响整个合同的效力，出资方仍应承担联营体的亏损。而如果合同被认定为名为联营实为借贷的合同，整个合同都无效，出资方有权收回本金，另一方在经营中所产生的风险应完全自负。也就是说，借款方将所借资金用于经营活动的风险与出资方无关，出借资金方不承担所借出的资金的任何风险责任而按期收回本息，恰恰是借贷合同的主要特征。慧欣水泥公司主张合同中含有保底条款，合同不属于名为联营实为借贷的合同，其目的正在于此，即经营水泥的亏损应双方分担，而不是由自己单独承担。

联营合同的保底条款和名为联营实为借贷的合同有相同之处，即都具有一方投资，但不论盈亏，均按期收回出资或者按期收回固定利

润的特征，但二者也有不同之处。区别含有保底条款的经营合同与借款合同，主要从以下几个方面入手：

一、合同中是否有共同经营的约定。共同经营是指双方或多方对出资形成的财产共同行使占有、使用、支配及处分权。这种权利的共同行使，是各方经营者基于所有权而享有的一种权利，任何一方不得剥夺他方的这种权利。即使一方怠于行使这种权利，也是出于自愿的而非他人的强制。所以说，共同经营的条款表明，出资方并未丧失对其出资的所有权。借款合同则不同，贷款方将出借的款项交付给对方后，就失去了就该笔款项的所有权，也不能对该笔款项行使支配和处分权，也就是说，借款方有全权处分其所借款项的权利，贷款方无权参与具体的决策，更无权要求“共同经营”。对于含有保底条款的合同来说，合同中必须同时具有共同经营的条款，或者合同在履行过程中存在共同经营的事实，才能认定为联营合同。

二、合同中是否有约定收回投资和固定利润的期限的条款。含有保底条款的联营合同，往往不明确约定收回出资和固定利润的具体时间，而是在联营终止时才收回；借款合同则一定含有收回本金和固定利息的具体期限的条款。因此，名为联营、实为借贷的合同必须要有这种条款。

三、合同中除约定在一定的期限内收回出资及其固定利润外，是否还约定如联营赢利，还可继续分红。所谓保底条款，意思是保证收回投资的最低收益。如果合同中约定，除到期收回投资及其固定利润外，如果联营经营状况良好，收益率高，出资的一方还可继续分红，则从主观上讲，该方有联营的目的。但是，如果双方并不约定共同经营，合同在履行过程中也无共同经营的事实，则该种合同仍为借款合同。

本案中，共同经营水泥合同的约定明显是泉新公司不参与任何经营活动，而出资活动并不是经营活动，出资是出自一方在联营合同及

借贷合同下都应履行的一项主要合同义务。泉新公司在水泥采购中负责资金使用及在慧欣水泥公司逾期还款近两个月时将部分水泥销售收回资金的行为，属于为保证借贷资金安全的行为，并不属于共同经营活动的一部分。所以，无论从合同约定的内容，还是从实际行为来看，泉新公司确未参与共同经营，也不承担联营的风险责任，不论盈亏均按期收回本金和固定的利润，完全符合名为联营实为借贷合同关系的要件。

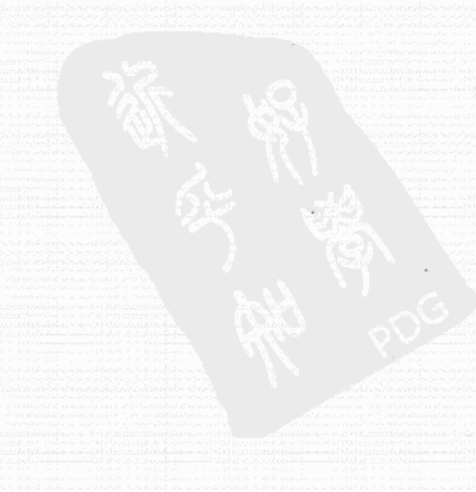


第二部分

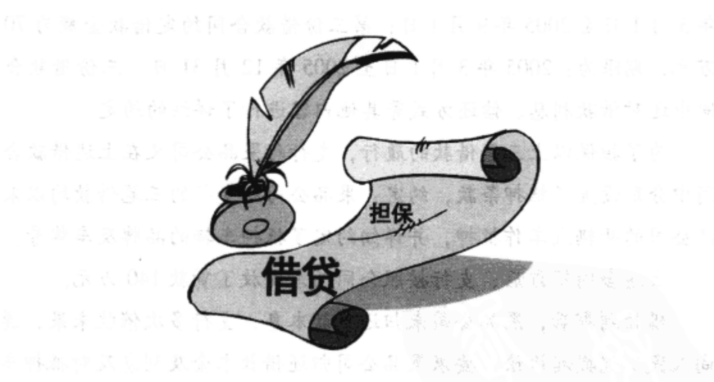
担保关系案例

第二部分

担保关系案例



抵押关系



63. 车辆作为抵押物未进行登记的，抵押的效力如何？

【案情】

某银行支行（以下简称“支行”）于2005年3月1日与某果品销售公司（以下简称“果品公司”）签订了三份借款合同，第一份借款合同约定借款金额为50万元，期限为：2005年3月1日至2005年6月1日；第二份借款合同约定借款金额为20万元，期限为：2005年3月1日至2005年9月1日；第三份借款合同约定借款金额为70万元，期限为：2005年3月1日至2005年12月31日。三份借款合同中还对借款利息、偿还方式等其他内容进行了详细的约定。

为了担保以上三笔借款的履行，支行与果品公司又在上述借款合同中分别设置了抵押条款，约定：果品公司向支行的三笔借款均以果品公司的两辆汽车作抵押，并详细约定了抵押车辆的品牌及车牌号。

上述合同签订后，支行按照合同约定发放了贷款140万元。

借款到期后，果品公司未归还贷款本息，支行多次催收未果，遂向人民法院提起诉讼，要求果品公司归还借款本金及利息及对抵押车辆优先受偿。

【争鸣】

■原告支行提出，我行与被告果品公司签订的借款协议合法有效，应当受到法律保护，被告应当按照合同约定偿还借款本息，同时由于签订借款协议中包含抵押条款，约定将被告的两辆车作为上述债务的抵押物，因此如果被告不偿还借款本金，我行有权就其作为抵押

物的两辆车优先受偿。

■ 被告果品公司提出，虽然我公司与支行约定以我公司的两辆车作为140万元债务的抵押物，但是合同签订后，我公司与支行并未就上述抵押物进行抵押物登记，根据我国相关法律规定，抵押条款并未生效，因此支行无权就我公司的两辆车进行优先受偿。



【律师点评】

本案的焦点在于车辆作为抵押物，未进行登记的，抵押的效力如何？

本案应当适用我国《担保法》的相关规定。《担保法》第41条规定："当事人以本法第四十二条规定的财产抵押的，应当办理抵押物登记，抵押合同自登记之日起生效。"第42条规定："办理抵押物登记的部门如下：（一）以无地上定着物的土地使用权抵押的，为核发土地使用权证书的土地管理部门；（二）以城市房地产或者乡（镇）、村企业的厂房等建筑物抵押的，为县级以上地方人民政府规定的部门；（三）以林木抵押的，为县级以上林木主管部门；（四）以航空器、船舶、车辆抵押的，为运输工具的登记部门；（五）以企业的设备和其他动产抵押的，为财产所在地的工商行政管理部门。"

根据上述规定，以车辆进行抵押的，应当在运输工具的登记部门办理抵押物登记，抵押物自登记之日起生效。本案中，果品公司向支行提供两辆车作为抵押物，但是双方没有到相关部门办理抵押物登记，因此抵押条款并未生效，在此情形下，根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第56条规定："抵押合同对被担保的主债权种类、抵押财产没有约定或者约定不明，根据主合同和抵押合同不能补正或者无法推定的，抵押不成立。

法律规定登记生效的抵押合同签订后，抵押人违背诚实信用原则拒绝办理抵押登记致使债权人受到损失的，抵押人应当承担赔偿责任。”支行主张就果品公司提供的两辆车优先受偿没有法律依据，不能得到法院支持，支行可以要求果品公司办理抵押登记，但如果果品公司拒绝办理抵押登记给支行造成损失的，支行可以要求果品公司赔偿损失，但是需要注意的是，支行需要提出证据证明果品公司的行为给其造成了损失及损失额的大小。

如果本案发生在我国《物权法》出台之后，则本案会出现不同的结果。《物权法》将抵押权设定和抵押合同生效的条件区分开来，确立了与《担保法》不同的原则，例如《物权法》第15条规定："当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。”该条表明，原则上抵押合同成立时即生效，没有办理物权登记的，不影响抵押合同的效力。

对于本案，《物权法》第188条明确规定：“以本法第一百八十条第一款第四项、第六项规定的财产或者第五项规定的正在建造的船舶、航空器抵押的，抵押权自抵押合同生效时设立；未经登记，不得对抗善意第三人。”第180条规定：“债务人或者第三人有权处分的下列财产可以抵押：（一）建筑物和其他土地附着物；（二）建设用地使用权；（三）以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等土地承包经营权；（四）生产设备、原材料、半成品、产品；（五）正在建造的建筑物、船舶、航空器；（六）交通运输工具；（七）法律、行政法规未禁止抵押的其他财产。抵押人可以将前款所列财产一并抵押。”根据上述规定，以车辆作为抵押物的，抵押权自抵押合同生效时设立，没有经过抵押物登记的仅仅不得对抗善意第三人，而非抵押合同不生效，因此如果本案发生在《物权法》颁布实施后，则支行的抵押权依法成立，可以就果品公司的两辆车优先受偿。

64. 房地产公司以职工名义取得贷款后久拖不还，应当如何认定抵押借款合同的效力?

【案情】

2006年6月，某房地产公司为解决资金困难，要求其职工以所购房屋取得市商业银行抵押贷款，贷款由公司支配使用。随后，职工罗建与房地产公司签订了房屋买卖合同，合同约定罗建向房地产公司支付房款10万元。该合同签订后，罗建一直没有交纳房款，但双方办理了房屋过户手续。7月，罗建以该房屋作抵押向市商业银行借款10万元，合同约定借款期限至2007年4月，如果罗建到期不能按时还款，则房地产公司应当承担回购担保责任，代罗建还清所欠之本息及有关费用。双方到房管部门办理了房屋抵押登记手续。之后，市商业银行将10万元以罗建名义划到房地产公司账户。2007年4月，罗建无力还贷，而房地产公司因经营继续恶化也没有履行回购担保责任。市商业银行遂起诉至人民法院，请求法院判令自己对抵押房屋享有优先受偿权。

【争鸣】

■ 原告市商业银行提出，罗建和房地产公司之间并没有房屋买卖的真实意思表示，双方实际上是以合法形式掩盖非法目的，按照法律规定，双方的房屋买卖合同不发生法律效力。市商业银行与罗建、房地产公司签订的房屋抵押借款合同是从属于房屋买卖合同的，因主合同无效，从合同也归于无效。房地产公司和罗建恶意串通欺诈市商

业银行，对此房地产公司和罗建应当承担过错责任。房地产公司应返还市商业银行的贷款本息，罗建对房地产公司的债务承担连带责任。

■ 被告罗建和房地产公司提出，按照《民法通则》第55条的规定，既然房地产公司和罗建恶意串通欺诈市商业银行，所以双方的房屋买卖合同应属无效。房屋抵押借款合同是房屋买卖合同的从合同，所以双方的房屋抵押借款合同也属无效，因此，市商业银行对抵押的房屋不享有优先受偿权。



【律师点评】

《民法通则》第55条规定："民事法律行为应当具备下列条件：（一）行为人具有相应的民事行为能力；（二）意思表示真实；（三）不违反法律或者社会公共利益。"第58条规定："下列民事行为无效：（一）无民事行为能力人实施的；（二）限制民事行为能力人依法不能独立实施的；（三）一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下所为的；（四）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的；（五）违反法律或者社会公共利益的；（六）经济合同违反国家指令性计划的；（七）以合法形式掩盖非法目的的。无效的民事行为，从行为开始起就没有法律约束力。"房地产公司和罗建对于房屋买卖没有真实的意思表示，双方只不过是以买卖的房屋来取得市商业银行的贷款，双方行为实为恶意串通，以合法的房屋买卖形式来掩盖非法的获得银行贷款的目的。按照以上法律规定，房地产公司和李某恶意串通欺诈市商业银行，所以双方的的房屋买卖合同应属无效。《民法通则》第85条规定："合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议。依法成立的合同，受法律保护。"第90条规定："合法的借贷关系受

法律保护。”主合同是指凡不以他种合同的存在为前提即不受其制约而能独立存在的合同，从合同是指必须以他种合同的存在为前提，自身不能独立存在的合同。从合同以主合同的存在为前提，主合同无效，从合同除法律另有规定或当事人另有约定者外也随之无效；主合同变更或终止，从合同一般也随之变更或终止。本案中，房屋买卖合同与房屋抵押借款合同存在着密切关系，但两者不是主从关系，房屋抵押借款合同不受无效的房屋买卖合同的影响。因为房屋买卖合同归于无效，所以罗建对房屋买卖合同标的物无处分权，但该物抵押已经取得房地产公司的认可，根据《合同法》第51条规定：无处分权的人处分他人财产，经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的，该合同有效，那么房屋抵押借款合同仍然有效，银行对抵押物应当享有优先权。

《合同法》第54条规定：“下列合同，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销：（一）因重大误解订立的；（二）在订立合同时显失公平的。一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。当事人请求变更的，人民法院或者仲裁机构不得撤销。”第55条规定：“有下列情形之一的，撤销权消灭：（一）具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内没有行使撤销权；（二）具有撤销权的当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为放弃撤销权。”本案中，房地产公司和罗建恶意串通欺诈市商业银行，使银行因不知情而签订了房屋抵押合同，而合同是否有效取决于市商业银行的意思表示。市商业银行请求法院确认房屋抵押合同有效，以保护其对抵押房屋享有的优先受偿权。因此，本案中房屋抵押合同应当有效。

因为房屋抵押借款合同有效，所以合同当事人罗建应当对到期不能偿还的借款承担返还责任。但是，罗建向市商业银行贷款取得的款

项实际均由房地产公司占有并使用，即房地产公司是实际的借款人，房地产公司犯有主要的过错，故房地产公司应当是第一责任主体。而罗建仅仅是形式上的借款人，对借款应当承担连带责任。

65. 借款人将抵押物重复抵押的，应当如何认定其效力？

【案情】

赵成中自己经营一家酒店，因流动资金紧张，于是向某银行借款，双方签订抵押借款合同，合同约定：借款金额为50万元，借款期限1年，自2004年3月9日起至2005年3月8日止，借款利息为月6.43‰，赵成中以酒店所有的机器设备作为抵押物，到期不能偿还，银行可以以此抵押物优先受偿。合同签订后，双方对抵押机器设备进行了登记。银行依约向赵成中支付50万元。

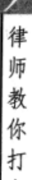
但是50万元并不足以应对经营中的流动资金短缺的情况，赵成中于是又向狄勤星借款20万元，双方也签订了抵押借款协议，约定了借款期限为10个月，借款利息等，同时还约定赵成中以其酒店所有的机器设备作为抵押，不能偿还该款项时，以抵押物优先受偿。合同签订后当日，狄勤星将借款交付给赵成中。

虽然两笔借款都已经投入到经营中，但是赵成中的酒店并未有明显起色，借款期限将至，狄勤星与赵成中协商还款事宜，赵成中无力偿还借款，于是同意将酒店所有的机器设备折价，偿还给狄勤星。此时，赵成中向银行借款也已到期，赵成中未按时向银行偿还贷款本息。银行得知上述情况后，将赵成中告上法庭，要求赵成中偿还借款本息，否则应当以抵押物优先受偿。

【争鸣】

■原告银行提出，本行与被告赵成中签订抵押借款协议，明确约定了还款期限，并且还约定赵成中以其酒店的机器设备作为抵押物，并在合同订立后办理了抵押物登记，现赵成中未按照合同约定按期偿还借款，属于违约，我行有权要求其偿还借款本息，如果赵成中不能偿还借款本息，则本行请求以抵押物优先受偿。

■被告赵成中提出，抵押物已经被折价，用于归还另外一位债权人的债务，本人目前经济状况紧张，请求延期还款。





【律师点评】

本案主要涉及的是重复抵押的问题。

所谓重复抵押，是指债务人以同意抵押物分别为数个债权设定抵押，使该抵押物上存在着多个抵押权。重复抵押与一物一权主义是不矛盾的，因为按照一物一权原则，不得在同一物之上设定多个相互冲突的物权，但是在同一物上，可以设立多个彼此之间并不矛盾的物权，这不仅使抵押物的价值得到充分的利用，也为融资开辟了更为广阔的渠道，也强化了债权的效力。因为重复抵押行为将会使抵押物的价值得到最充分的利用，可以使抵押物的担保价值得到最大程度的发挥。同时，由于登记制度可以将重复抵押予以公示，并确定了重复抵押行为的规则，从而避免了重复抵押可能发生的冲突和纠纷。从搞活经济以及充分利用抵押物的价值考虑，法律不仅不应禁止重复抵押，而且应当鼓励当事人设立重复抵押，只不过法律不应当允许当事人设立相互冲突和矛盾的重复抵押。

债权人在已经设定抵押的抵押物上重复设定抵押并非没有意义，

而是有其利益取舍的考虑，主要体现在：抵押物的价值并不是固定不变的，它会随市场行情的变化而发生变化，如已经抵押的房产可能升值，也可能贬值，所以抵押权实现时的价值未必等同于抵押权设定时的价值，如果后一顺序的债权人看好抵押物的升值趋势，完全可以接受已经设定过抵押的抵押物。另外，由抵押物担保的债权未必都需要由抵押物拍卖或者变卖来获得清偿，如果前一债权通过正常履行清偿，则后一债权可以获得抵押物的抵押价值。

从目前我国的法律来看，我国《担保法》第35条规定："抵押人所担保的债权不得超出其抵押物的价值。财产抵押后，该财产的价值大于所担保债权的余额部分，可以再次抵押，但不得超出其余额部分。"最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》对《担保法》的上述规定进行了修正，其第51条规定："抵押人所担保的债权超出其抵押物价值的，超出的部分不具有优先受偿的效力。"《物权法》的颁布和实施，进一步完善了重复抵押制度。《物权法》第199条规定："同一财产向两个以上债权人抵押的，拍卖、变卖抵押财产所得的价款依照下列规定清偿：（一）抵押权已登记的，按照登记的先后顺序清偿；顺序相同的，按照债权比例清偿；（二）抵押权已登记的先于未登记的受偿；（三）抵押权未登记的，按照债权比例清偿。"从上述法律规定可见，我国法律一步步认识到重复抵押的意义所在，因此经历了一个对重复抵押从限制到放松的过程。

本案中，银行和赵成中签订的抵押借款合同是当事人真实意思的表示，内容不违反法律的强制性规定，因此应当认定为有效的合同。且合同签订后，双方还对抵押物进行了登记。赵成中和狄勤星之间签订的抵押借款合同同样是合法有效的，但其对抵押物没有进行登记，根据"抵押权已登记的先于未登记的受偿"原则，应当由银行优先行使抵押权。

66. 抵押借款合同中，能否约定借款人不能偿还借款时由出借人取得抵押物的所有权?

【案情】

2005 年 1 月 14 日，某养殖场（以下简称“养殖场”）因经营需要向孙立群借款，双方签订抵押借款合同，合同约定：借款金额为 5 万元，月息为 13.6‰，借款期限为 2005 年 1 月 14 日至 2005 年 6 月 13 日，养殖场以其所有的餐厅房屋作抵押，如果到期不能偿还借款本息，则餐厅房屋归孙立群所有。合同签订后，孙立群将 5 万元借款交付给养殖场。但是，借款到期后，养殖场并未如约偿还借款本息。孙立群于是向法院起诉，请求法院判决养殖场将餐厅房屋过户到自己名下。

【争鸣】

■原告孙立群提出，养殖场向自己借款 5 万元，有双方签订的抵押借款合同为证，抵押借款合同中不仅约定了借款的基本情况，而且还约定养殖场以其餐厅房屋作为抵押，如果养殖场到期不能偿还借款本息，则抵押物归本人所有。现在养殖场违反约定不按时偿还贷款本息，则根据合同约定，抵押物餐厅房屋应当归自己所有，养殖场应当将餐厅房屋过户到自己名下。

■被告养殖场提出，我方虽然与孙立群约定以我方餐厅房屋作为抵押物为借款提供担保，但是该抵押物并未办理抵押登记，因此以房偿债的约定无效。



【律师点评】

本案主要涉及的是流质抵押条款的效力问题。

所谓流质抵押条款，是指抵押人和抵押权人事先约定，在债务清偿期届满而抵押权人未受清偿时，抵押物的所有权转移给抵押权人所有。抵押权人必须在债务履行期届满而未受清偿时，才可以与抵押人协商以抵押物折价或者以拍卖、变卖抵押物所得的价款优先于其他债权人受偿。

禁止流质抵押的好处在于：首先，有利于防止担保设定人和与担保人串通以逃避债务、损害担保设定人的其他债权人的利益。如果法律允许流质抵押条款，那么担保设定人与担保权人就有可能恶意串通，通过订立流质抵押条款这种合法的方式，来逃避担保设定人对其他债权人的债务，从而给其他债权人造成损害。其次，有利于防止债务人与债权人串通以损害担保设定人的利益。在担保设定人不是债务人的情况下，如果允许流质抵押条款，那么债务人就有可能与债权人串通，债务人到期故意不履行债务从而让债权人取得担保物的所有权，并以此来损害担保设定人的利益，特别是在担保设定人不能及时、有效地对债务人行使追偿权的情况下，担保设定人的利益更有可能受到损害。最后，禁止流质抵押的终极目的是为了保护担保设定人及其他债权人的利益。在担保物的价值不是一般的高于而是过分高于被担保的债权额时，如果允许流质抵押条款的存在，则不仅会造成担保设定人和债权人之间的利益失衡，造成显失公平，在担保设定人没有足够的财产以满足他的其他债权人的债权时，还会造成担保设定人的其他债权人与债权人之间的利益失衡。

从我国的法律规定看，对流质抵押条款是持否定态度的。我国《担保法》第40条规定："订立抵押合同时，抵押权人和抵押人在合

同中不得约定在债务履行期届满抵押权人未受清偿时，抵押物的所有权转移为债权人所有。”最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第57条规定：“当事人在抵押合同中约定，债务履行期届满抵押权人未受清偿时，抵押物的所有权转移为债权人所有的内容无效。该内容的无效不影响抵押合同其他部分内容的效力。债务履行期届满后抵押权人未受清偿时，抵押权人和抵押人可以协议以抵押物折价取得抵押物。但是，损害顺序在后的担保物权人和其他债权人利益的，人民法院可以适用合同法第七十四条、第七十五条的有关规定。”

本案中，养殖场与孙立群之间签订的抵押借款合同除抵押条款无效外，其他条款均为有效。但双方在借款未到期的情况下，在抵押借款合同中约定以餐厅房屋抵偿债务，属于流质抵押条款，应当属于无效。另外，养殖场与孙立群之间约定以餐厅房屋作为抵押，但是并未办理抵押物登记，则根据《担保法》的相关规定，抵押条款无效。当然如果本案发生在《物权法》生效后，则根据《物权法》的规定，抵押条款有效，但是由于未办理抵押物登记，债权人未取得抵押权。

67. 个人住房按揭贷款过程中，如何认定抵押合同和担保合同的效力？

【案情】

2003年5月，孙国鹰和市建设银行签订了个人住房按揭贷款合同，合同约定：孙国鹰购买海滨房地产开发有限公司位于林海路61号的一套商品房，孙国鹰向建设银行借款36万元，还款方式为每月偿还5000元，期限为6年，孙国鹰以该商品房作为抵押，到期无法偿还借款，建设银行将行使抵押权。合同还约定由海滨公司对孙国鹰的借款承担保证责任。之后，孙国鹰与海滨公司签订了担保合同，合同规定：本合同规定的担保为持续性担保，孙国鹰的贷款本金、利息和其他款项未还清之前，海滨公司的担保责任持续有效。6月，海滨公司的商品房工程开始动工。2004年5月，孙国鹰因妻子生病住院花费了大量金钱，已无能力偿还房屋贷款，故请求海滨公司承担保证责任。至2005年4月，海滨公司只为孙国鹰偿还1万元贷款，孙国鹰没有偿还任何贷款。建设银行遂起诉至人民法院，请求法院判令孙国鹰按照合同约定偿还贷款，同时海滨公司承担保证责任。

【争鸣】

■ 原告建设银行提出，孙国鹰和建设银行签订的贷款抵押合同无效，因为该合同签订时，房屋还没有开始兴建，双方也没有到房管部门办理房屋产权登记手续，所以不产生法律效力。而担保合同是有效的，双方关于借款及保证的内容不违反国家法律规定，系双方真实

意思表示，合法有效，因此，海滨公司应当对孙国鹰的借款承担保证责任。

■被告孙国鹰和海滨公司提出，孙国鹰和建设银行签订贷款抵押合同时，工程尚未动工，也未办理房屋产权登记手续，因此贷款抵押合同无效，合同对孙国鹰和建设银行都没有法律效力。既然孙国鹰以商品房作抵押这一行为是无效的，那么孙国鹰和海滨公司签订的担保合同也就失去了本来意义。根据“主合同无效，担保合同无效”的法律规定，担保合同因贷款抵押合同无效也归于无效。



【律师点评】

按揭贷款购房在我国是新近出现的一种购房付款方式，并且越来越普遍。按揭一词不是我国新创的名词，实际上是香港法域中的一个重要概念，它是香港对 mortgage 一词的广东话音译。Mortgage 在我国又译为抵押，这也从一个侧面反映了按揭与抵押的密切关系。按揭的本义是购房人将房地产的所有权益让渡给银行，以此获得银行贷款，若购房人不能按期还清贷款，则房产的权益即归属银行，在购房人还清贷款之后，银行再把该权益归还贷款人的一种法律行为。按揭本质上是一种融资方式。由银行作为按揭人向购房人提供一定额度的贷款，购房人只需向开发商交付一定比例的房价款即可取得房屋产权。按揭贷款过程中主要有三方当事人，即购房贷款人、银行和房地产开发商。在本案中，孙国鹰、海滨房地产开发有限公司和建设银行即为三方当事人，三方形成了不同的法律关系。孙国鹰和海滨公司是商品房买卖关系，孙国鹰和建设银行是贷款抵押合同关系，海滨公司和建设银行是担保合同关系。在这一系列合同关系中，孙国鹰和海滨公司的商品房买卖关系是主合同关系，贷款抵押合同关系和担保合同关系

是从属于商品房买卖关系的，是从合同关系。

我国《担保法》第42条规定："办理抵押物登记的部门如下：(一)以无地上定着物的土地使用权抵押的，为核发土地使用权证书的土地管理部门；(二)以城市房地产或者乡(镇)、村企业的厂房等建筑物抵押的，为县级以上地方人民政府规定的部门；(三)以林木抵押的，为县级以上林木主管部门；(四)以航空器、船舶、车辆抵押的，为运输工具的登记部门；(五)以企业的设备和其他动产抵押的，为财产所在地的工商行政管理部门。"第41条规定："当事人以本法第四十二条规定的财产抵押的，应当办理抵押物登记，抵押合同自登记之日起生效。"

孙国鹰和建设银行签订贷款抵押合同时，不仅没有到房管部门办理房屋抵押登记，而且房屋还没有开始动工，违反了法律关于以房屋作为抵押物必须经过登记的强制性规定。因此，该贷款抵押合同无效。贷款抵押合同无效，指的是合同中的抵押条款是无效的，这不意味着整个合同无效。孙国鹰和建设银行的贷款合同是双方当事人的真实意思表示，也不违反国家法律的规定，因此贷款合同是有效的。合同签订后，建设银行即履行了自己的合同义务，将36万元作为房款支付给孙国鹰，孙国鹰也部分地履行了自己的合同义务。对于未能履行的合同债务，孙国鹰应当按照合同约定，承担违约责任。

本案中，孙国鹰和海滨公司还签订了担保合同。《担保法》第5条规定："担保合同是主合同的从合同，主合同无效，担保合同无效。担保合同另有约定的，按照约定。担保合同被确认无效后，债务人、担保人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任。"孙国鹰和建设银行的贷款抵押合同不应当是主合同关系，主合同关系是孙国鹰和海滨公司的商品房买卖合同关系。前文已述，贷款抵押合同关系和担保合同关系是从属于商品房买卖关系的，这两个关系都要围绕房屋买卖合同展开，为房屋买卖的最终实现创造条件。

而孙国鹰和海滨公司的房屋买卖合同系双方真实自愿，且不违反法律规定，当事人双方也具备相应的主体资格。因此，这个合同是合法有效的合同。既然房屋买卖合同有效，就不能以主合同无效而主张担保合同无效。

本案中的担保合同也是有效的，担保合同是按揭贷款购房的必备程序，在购房人与银行签订贷款合同时，房地产开发商必须在贷款合同上同意为购房人提供保证担保，这是房地产开发商承担的义务。海滨公司在孙国鹰按揭贷款买房时，即与孙国鹰签订了担保合同。合同出自双方的真实自愿，而且符合法律规定，是合法有效的。问题的关键在于该担保合同没有明确约定保证期间是否应当免除保证人的保证责任。《担保法》第26条规定："连带责任保证的保证人与债权人未约定保证期间的，债权人有权自主债务履行期届满之日起六个月内要求保证人承担保证责任。在合同约定的保证期间和前款规定的保证期间，债权人未要求保证人承担保证责任的，保证人免除保证责任。"最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第32条规定："保证合同约定的保证期间早于或者等于主债务履行期限的，视为没有约定，保证期间为主债务履行期间届满之日起六个月。保证合同约定保证人承担保证责任直至主债务本息还清时为止等类似内容的，视为约定不明，保证期间为主债务履行期届满之日起二年。"第33条规定："主合同对主债务履行期限没有约定或者约定不明的，保证期间自债权人要求债务人履行义务的宽限期届满之日起计算。"本案中保证条款的保证期限约定不明，属于上述法律规定的情况，因此海滨公司的保证责任不能因此而解除。

68. 欠款人逾期不还款，能否就已经典当的抵押物直接受偿？

【案情】

1997年2月25日，段帅因购买汽车向郭健为借款31000元，之后双方签订了借款抵押协议，规定借款月息5分，在9月25日将本息全部还清，以段帅位于海河路10号的3间平房作为抵押物。借款期满后，郭健为要求段帅偿还借款，如不偿还借款，将行使抵押权。段帅答应立即筹款，过几天就会偿还。10月5日，段帅未征得郭健为的同意，将位于海河路10号的3间平房以30000元的价格典当给永风典当拍卖商行。郭健为得知后，经与段帅交涉未果，遂起诉至人民法院，请求法院判令段帅和永风典当拍卖行之间的房屋典当行为无效，将此房屋判归郭健为所有。



【争鸣】

■ 原告郭健为提出，段帅和郭健为的借款抵押合同有效。双方在借款抵押协议中约定的是房产价值的全额抵押，没有在该房产上只设定部分价值抵押，故根据该借款抵押法律关系，借款人于借款期满不能偿还借款的，债权人有权就抵押物受偿，即取得抵押物，从而消灭债权。在段帅迟迟不归还欠款的情况下，应当直接将房屋判给郭健为。

■ 被告段帅提出，尽管段帅和郭健为的借款抵押合同有效，但是不应当直接将房屋判给郭健为，而是应当变卖该房屋，由郭健为从变卖价款中受偿。



【律师点评】

《担保法》第46条规定："抵押担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现抵押权的费用。抵押合同另有约定的，按照约定。"因此，只要当事人在合同中未约定抵押权担保的范围，抵押担保的范围就为债务人应偿付的全部债权，包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金及实现抵押权的费用。在本案中，抵押担保的范围为段帅所欠的借款及利息、变卖抵押的房产的费用。抵押当事人在抵押合同中除应约定抵押担保的价值外，还可以约定抵押物的抵押价值。但是，抵押价值与抵押担保的范围是不同的。抵押担保的范围就是债权人得优先受偿的范围，抵押物的抵押价值是指抵押物可以担保的价值范围。在本案中，如双方当事人约定以房屋抵押，抵押担保的范围为31000元主债权，则郭健为只能从抵押房屋的变卖价款中优先受偿31000元，至于利息债权则不在优先受偿的范围内。若当事人约定抵押房屋的抵押价值为30000元，则是指该房屋于抵押权实现时可以变卖30000元，因此也就可以担保30000元的债权能优先受偿。抵押物的价值仅仅是抵押当事人双方于设定抵押权时对抵押物价值的一种估计，当抵押权真正实现时，抵押物变卖的价值既可能与合同中规定的抵押物的价值相同，也可能高于或低于约定的抵押价值。但无论抵押物于抵押权实现时其变卖的价值是多少，抵押权人只能于实际变卖的价款内优先受偿抵押权担保的债权数额。

抵押当事人在抵押合同中可以约定以抵押物的部分价值抵押，也可以约定以抵押物的全部价值抵押。在本案中，如果段帅和郭健为在抵押合同中约定抵押的房屋的价值为35000元，抵押价值为30000元，则可说双方是约定以抵押的房产部分价值抵押。但这种约定并不是约定的抵押担保的范围，抵押担保的范围仍为31000元主债权及利

息。也就是说，当抵押权实现时，郭健为仍得就该房屋变卖的价款优先受偿31000元主债权及利息，而不能仅优先受偿30000元。

抵押当事人在抵押合同中未约定抵押价值的，是指抵押人以抵押物的全部价值设定抵押权。在此情况下，抵押权人于抵押权实现时得就抵押物的全部价值优先受偿，但这不表示于债务人不履行债务时，抵押权人有权取得抵押物，从而消灭债权。对于抵押成立后债务人不履行债务时，可否由抵押人取得抵押物的所有权，这涉及抵押物的实现方式。就本案来说，郭健为应当从房屋变卖的折价中优先受偿来实现其债权，但是抵押房屋所折价格高于31000元主债权及利息时，郭健为应当将高出的部分返还给段帅，抵押房屋所折价格低于31000元主债权及利息时，段帅还应当向郭健为偿还不足的部分。以房屋折价的方式实现抵押权，虽然由郭健为取得房屋的所有权，但不是以房屋抵债。

69. 最高额抵押担保借款合同在标的被出售后，其效力如何确定?

【案情】

2007年5月，杨环城和市工商银行签订了一份最高额抵押担保借款合同，合同规定：杨环城因经商需要，由市工商银行借给杨环城9万元，杨环城于2008年2月前还清欠款，抵押物为杨环城位于和平路78号的房屋一套。合同签订后，双方到房管部门办理了房屋抵押登记手续。6月，市工商银行按照合同约定交给杨环城9万元。11月，杨环城在未告知市工商银行的情况下，将已经抵押的房屋出售给许智强，并收取房款7万元。2008年2月，还款期已到，但杨环城拒不还款，市工商银行遂起诉至人民法院，请求法院判令杨环城归还借款和本息。

【争鸣】

■ 原告市工商银行提出，杨环城和市工商银行签订了最高额抵押合同，并且明确约定了债权范围和最高限额，履行了房屋抵押登记手续，因此该最高额抵押合同是合法有效的。而杨环城在将房屋设定最高额抵押后，未经市工商银行的同意，就擅自转让了已抵押的房屋，侵害了市工商银行的抵押权。因此，应当认定杨环城转让房屋的行为无效。

■ 被告杨环城提出，尽管自己未经市工商银行同意出让了抵押房屋，这并不影响房屋买卖行为的有效，应当由房屋受让人许智强通

过代替履行债务，使抵押权消灭，从而市工商银行取得合法受让抵押房屋的后果。



【律师点评】

《担保法》第59条规定：“本法所称最高额抵押，是指抵押人与抵押权人协议，在最高债权额限度内，以抵押物对一定期间内连续发生的债权作担保。”第60条规定：“借款合同可以附最高额抵押合同。”债权人与债务人就某项商品在一定期间内连续发生交易而签订的合同，可以附最高额抵押合同。最高额抵押权也称限定额抵押权，是指抵押人与抵押权人协议，在最高债权额限度内，以抵押物担保将来一定期间内连续发生的债权。最高额抵押的设定不以主债权的存在为前提，也不能随某一债权的消灭而消灭。最高额抵押设定时，主债权可以是未发生的并且是不确定的，因此，最高额抵押权是典型的担保将来的债权的抵押权。在抵押权的特定性上，最高额抵押权表现为所担保的债权仅是在范围上和最高额度上特定，并非具体债权数额的确定。在适用范围上，最高额抵押权是对一定期间内连续发生的债权的担保。在本案中，杨环城和市工商银行之间就未来不确定的多次同种类的借贷而以一套房屋所设定的抵押便为一最高额抵押。《担保法》第41条规定：“当事人以本法第四十二条规定的财产抵押的，应当办理抵押物登记，抵押合同自登记之日起生效。”《城市房地产抵押管理办法》第30条规定：“房地产抵押合同自签订之日起30日内，抵押当事人应当到房地产所在地的房地产管理部门办理房地产抵押登记。”设定最高额抵押权，同样需要当事人订立抵押合同，并办理抵押登记。在本案中，当事人双方已经签订了最高额抵押合同，确定了担保债权的最高限额。因此，该最高额抵押是合法有效的。另

外，基于最高额抵押所担保的实际债权数额于决算期才能确定，在决算期到来前，主债权是在不断变动的，只有在决算期到来时，才能确定抵押权所担保的实际债权额，所以有必要确定一个合理的决算期。杨环城和市工商银行约定的决算期不超过一年，即属于合理期限范围。

《担保法》第83条规定："最高额抵押权所担保的不特定债权，在特定后，债权已届清偿期的，最高额抵押权人可以根据普通抵押权的规定行使其抵押权。抵押权人实现最高额抵押权时，如果实际发生的债权余额高于最高限额的，以最高限额为限，超过部分不具有优先受偿的效力；如果实际发生的债权余额低于最高限额的，以实际发生的债权余额为限对抵押物优先受偿。"最高额抵押所担保的债权确定事由发生后，债务人或抵押人可以要求抵押权人结算实际发生的债权。最高额抵押所担保的债权特定后，当事人结算实际发生的债权额，也就是要确定被担保的债权本金。由于杨环城在约定期限内没有偿还借款，则最高额抵押已届清偿期，由于实际债权数额高于最高额抵押合同所确定的9万元，按照以上法律规定，应当认定担保债权为9万元。但市工商银行债权的利息是否在优先受偿的范围之内呢？应当认为，最高额抵押权的实现与其所担保的债权额的确定并非同时，若以抵押权实现时实际存在的债权余额是否超过所担保的最高限额来决定优先受偿的范围，则所担保债权确定时的债权本金则无法确定是否在最高额抵押权所担保的范围内。因此，不应当以抵押权实现时的债权余额来确定最高额抵押权所担保的范围。依抵押权担保范围的一般原则，最高额抵押权确定之后发生的有关利息，可由抵押物优先受偿，但这并非强行性规定，当事人也可以其合意排除其适用。由于杨环城和市工商银行之间没有特别的约定，不仅被告所欠原告本金9万元应在优先受偿之列，该本金所生利息、违约金或损害赔偿金都应在优先受偿之列。

杨环城在将房屋设定了最高额抵押之后，未经过市工商银行的同意，将该抵押房屋转让给许智强，这种转让行为是否有效？《担保法》第49条规定："抵押期间，抵押人转让已办理登记的抵押物的，应当通知抵押权人并告知受让人转让物已经抵押的情况；抵押人未通知抵押权人或者未告知受让人的，转让行为无效。"转让抵押物的价款明显低于其价值的，抵押权人可以要求抵押人提供相应的担保；抵押人不提供的，不得转让抵押物。抵押人转让抵押物所得的价款，应当向抵押权人提前清偿所担保的债权或者向与抵押权人约定的第三人提存。超过债权数额的部分，归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。我国司法实务中原是不承认抵押人可转让抵押物的，但以上《担保法》的规定已经有所改变，许可抵押人转让抵押物，同时赋予抵押人告知和通知的义务，并予以一定的限制。由于抵押权的成立并非全以登记为公示方式，对于未经登记就可以成立的抵押权，抵押人转让抵押物的，第三人可善意取得所有权，由此造成抵押权损失的，应当由抵押人承担赔偿责任。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第67条规定："抵押权存续期间，抵押人转让抵押物未通知抵押权人或者未告知受让人的，如果抵押物已经登记的，抵押权人仍可以行使抵押权；取得抵押物所有权的受让人，可以代替债务人清偿其全部债务，使抵押权消灭。"受让人清偿债务后可以向抵押人追偿。如果抵押物未经登记的，抵押权不得对抗受让人，因此给抵押权人造成损失的，由抵押人承担赔偿责任。依照上述规定，杨环城和市工商银行已经对房屋进行了抵押登记，抵押权人仍可行使抵押权。如果受让人许智强仍旧想取得房屋的所有权，则可采取代替债务人杨环城清偿债务的方式。在许智强清偿债务后，可依法向杨环城追偿。

70. 如何确定房地产抵押标的物的范围?

【案情】

2005年4月，联检越在城乡结合部建造了3间平房。7月，联检越看到该地段的房价有所上涨，就将房屋作价2万元转让给于林均，于林均立即付清了房价，并订立了房屋买卖协议。于林均向联检越索取该房屋的宅基地使用证，联检越说过一段时间就把宅基地使用证交给于林均。12月，联检越因经商需要，以3间平房的原宅基地使用证作为抵押物在中国建设银行贷款2.5万元。2006年10月，联检越将3间平房的宅基地使用证交给于林均，之后，于林均到房管部门办理了房屋过户手续，领取了房屋产权证。12月，因联检越未能如期归还贷款，中国建设银行要求行使抵押权，处分抵押物，为此引发了纠纷。于林均遂起诉至人民法院，请求法院判决该抵押无效。

【争鸣】

■ 原告于林均提出，联检越为了获取贷款，将自己不享有所有权的财产抵押给建设银行，建设银行取得的抵押凭证为宅基地使用证，而宅基地使用证只能证明持证人取得了宅基地使用权，而不能作为房屋产权的证明，联检越在与建设银行订立贷款合同的过程中采取了欺诈手段，属无效的民事行为，因此建设银行不享有抵押权。

■ 被告建设银行提出，在联检越和于林均签订了房屋买卖协议后，于林均并没有到房管部门办理房屋过户手续，因此房屋所有权仍归联检越，并未发生转移。在这期间，联检越与中国建设银行签订的

房屋抵押合同并不违反法律规定，该合同应当是有效的。因此，建设银行享有抵押权。



【律师点评】

我国《城市房地产管理法》第47条规定："房地产抵押，是指抵押人以其合法的房地产以不转移占有的方式向抵押权人提供债务履行担保的行为。债务人不履行债务时，抵押权人有权依法以抵押的房地产拍卖所得的价款优先受偿。"抵押关系双方，一方是抵押人，另一方是抵押权人。抵押人是指将依法取得的房地产提供给抵押权人，作为本人或者第三人履行债务担保的公民、法人或者其他组织；抵押权人则是接受房地产抵押作为债务人履行债务担保的公民、法人或者其他组织。《城市房地产抵押管理办法》第5条规定："房地产抵押，应当遵循自愿、互利、公平和诚实信用的原则。依法设定的房地产抵押，受国家法律保护。"根据我国有关法律规定，房地产抵押应当遵循两个原则：1. 合法性原则。这一原则包含两层含义：一是设定抵押的房地产必须是法律所允许的。法律规定不得为抵押物的房地产，如果设定了抵押，抵押权人在债务人不履行债务时，其抵押权就无法实现。二是设定抵押的房地产必须是抵押人合法所有或合法占有的房地产。抵押人必须享有对设定抵押的房地产的所有权和经营管理权。《担保法》第37条第4款规定："下列财产不得抵押：……（四）所有权、使用权不明或者有争议的财产……"《城市房地产抵押管理办法》第8条第1款规定："下列房地产不得设定抵押：（一）权属有争议的房地产……"在本案中，尽管联检越没有将房屋宅基地使用权交给于林均，但已将房屋以2万元的价格转让给于林均。应当说，联检越对房屋已经没有使用权，其仍然拥有宅基地使用证即为非法。

同时，联检越对房屋也不享有所有权，因此也就没有处分权。而联检越仍然以非自己所有的房屋设定抵押，违背了房地产抵押的合法性原则，其与银行间的抵押行为是无效的。2. 同一性原则。这一原则是指土地使用权与地上建筑物一同抵押。土地使用权抵押时，其地上建筑物、其他附着物随之抵押。《城市房地产抵押管理办法》第4条规定："以依法取得的房屋所有权抵押的，该房屋占用范围内的土地使用权必须同时抵押。"因为联检越并不享有房屋的所有权，自然也就不享有该房屋占用范围内的土地使用权，而联检越将并不属于自己的3间平房的宅基地使用证作为抵押物，实属违法。

联检越以宅基地使用证作为抵押物向银行贷款，是一种欺诈行为。《民法通则》第58条第1款规定："下列民事行为无效：……（三）一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下所为的……"最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（修改稿）》第124条第1款规定："以自己不享有所有权或者经营管理权的财产作抵押物的，应当认定抵押无效。"联检越对房屋已经不享有所有权，因此其设定的抵押行为是无效的，与银行之间的抵押关系不能依法成立。

房地产抵押权标的物的范围，是我国房地产抵押制度的一项重要内容。抵押关系中的抵押标的物就是抵押关系中主体权利义务所指向的对象。《城市房地产管理法》第32条规定："房地产转让、抵押时，房屋的所有权和该房屋占用范围内的土地使用权同时转让、抵押。"第48条规定："依法取得的房屋所有权连同该房屋占用范围内的土地使用权，可以设定抵押权。以出让方式取得的土地使用权，可以设定抵押权。"房地产抵押时，需要注意的一个问题是土地所有权不得抵押。可用于抵押的土地使用权是在土地所有权与使用权分离的基础上产生的，由土地使用人依法独立享有的对土地所有权占有、使用、收益和对有关权利处分的权利，不包括土地所有权及其作为所有

权权能的使用权。我国的土地分为全民即国家所有和集体所有两种形式，其他任何组织或个人都不享有对土地的所有权。土地作为一种稀缺资源仍然不能作为商品通过市场买卖或者以其他形式非法转让。但是，为了合理、有效地利用和保护土地，依据所有权和使用权分离的民法原理，法律允许在保证土地所有权的前提下，土地使用权可以依照法律规定进行转让。在本案中，尽管联检越与银行之间的房屋抵押合同无效，但其无效原因并不是联检越将该房屋的所有权抵押给了银行。以房屋的宅基地使用权作为抵押向银行贷款，这一点并不违反法律规定。

《民法通则》第58条第2款规定："无效的民事行为，从行为开始起就没有法律约束力。"抵押是一种担保行为，抵押是否成立将会影响债权人对主合同履行的意思表示，但这不能简单地否定主合同的法律效力。无效的抵押合同涉及责任的分担。联检越在与银行签订抵押合同时，没有将该房屋已经转让给于林均的情况告知银行，显然这属于欺诈行为，应当对抵押无效承担过错责任。

71. 房屋的法定优先权是否优先于抵押权?

【案情】

2007年1月，某房地产公司负责为某电信公司的职工建造住宅楼6幢，工程款价为2000万元。11月，该工程完工时，电信公司只支付了1600万元工程款，于是房地产公司拒不交付已经竣工的6幢住宅楼。电信公司因曾以住宅楼作为抵押向中国银行贷款，所以找到房地产公司，声明会尽快支付余下的价款，希望房地产公司能够立即交付住宅楼，但房地产公司不同意。2008年2月，电信公司因经营不善而大幅度亏损，中国银行要求实现其抵押权，而房地产公司仍然不交付住宅楼。双方为此发生纠纷，中国银行遂起诉至人民法院，请求法院判令中国银行对该房屋实现抵押权。

【争鸣】

■原告中国银行提出，电信公司只是欠款400万元，而房地产公司却将价值2000万元的6幢房屋全部留置，房地产公司留置的财产远远大于电信公司的欠款，这明显侵犯了电信公司的合法权利。因此，房地产公司应当留置相当于欠款的财产，并承担因留置6幢房屋给电信公司所造成的损失。而电信公司与中国银行的贷款抵押经过了登记，所以中国银行的抵押权优先于房地产公司的法定优先权。

■被告房地产公司提出，电信公司在工程完工时，未能按时足额支付工程款，已经构成违约。而房地产公司留置6幢房屋是依据法定优先权，维护自己合法债权的行为，应当予以支持。电信公司和中

国银行签订的贷款抵押合同也符合法律规定，应当确认为有效。法定优先权和抵押权都应当受到保护，而法定优先权设立的时间在先，所以应当优先保护法定优先权。



【律师点评】

《民法通则》第 89 条第 1 款第 4 项规定：“（四）按照合同约定一方占有对方的财产，对方不按照合同给付应付款项超过约定期限的，占有人有权留置该财产，依照法律的规定以留置财产折价或者以变卖该财产的价款优先得到偿还。”《合同法》第 286 条规定：“发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除按照建设工程的性质不宜折价；拍卖的以外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以申请人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。”承包人的法定优先权即指在建筑工程竣工以后，发包人未按照约定支付价款的，承包人对该建筑工程通过折价、拍卖等方式而获得的价款优先受偿。本案中，电信公司在工程完工后不履行全部债务，房地产公司为保证自己的债权获得实现，有权将其建造的房屋留置。电信公司因经营不善而大幅度亏损，无法继续履行自己的债务，房地产公司可以就该工程折价或者拍卖，并从折价或拍卖的价款中优先受偿。《民法通则》第 4 条规定：“民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。”第 5 条规定：“公民、法人的合法的民事权益受法律保护，任何组织和个人不得侵犯。”虽然电信公司不偿还欠款的行为已经构成违约，但是电信公司仍然拥有自己的合法权益。房地产公司留置电信公司因不偿还欠款而留置 6 幢房屋的理由是不充分的，因为房地产公司留置的财产已经大大超过了电信公

司未付工程款的数额。电信公司只是欠款400万元，而留置的财产总额为2000万元，房地产公司完全没有必要实施留置全部住宅楼的行为，这种行为已经滥用了法定优先权，侵害了债务人的合法权利。按照民法的规定，正当行使法定优先权是合法的，应当受到法律保护，但滥用法定优先权给他人造成了损害，就违反了诚实信用原则，而且滥用法定优先权的行为还将构成侵权行为。由于房地产公司滥用了对于该住宅楼的法定优先权，给电信公司造成了损失，所以房地产公司应当承担损害赔偿责任。

《合同法》第230条规定："出租人出卖租赁房屋的，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，承租人享有以同等条件优先购买的权利。"电信公司与中国银行签订了贷款抵押合同，中国银行即享有对该住宅楼的抵押权。因此，在这同一座住宅楼上，同时并存中国银行的抵押权和房地产公司的法定优先权，两项权利发生了冲突，如何确定何者更为优先呢？如果按照先来后到的原则来确定两种不同权利的效力，那么房地产公司的法定优先权将难以实现。我国法律没有规定法定优先权必须要经过登记才能产生，而优先权不需登记将难以确定优先权的产生时间，这就无法比较法定优先权和抵押权的时间先后问题。因此按照先来后到的原则来处理两项权利何者优先，将会在实践中带来很大的困难和不便。

电信公司拖欠房地产公司的欠款中，有很大一部分是房地产公司应当支付给其工人的工资和劳务费。按照《民事诉讼法》第106条规定："人民法院对下列案件，根据当事人的申请，可以裁定先予执行：（一）追索赡养费、扶养费、抚育费、抚恤金、医疗费用的；（二）追索劳动报酬的；（三）因情况紧急需要先予执行的。"《企业破产法》第113条规定："破产财产在优先清偿破产费用和共益债务后，依照下列顺序清偿：（一）破产人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基

本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金；（二）破产人欠缴的除前项规定以外的社会保险费用和破产人所欠税款；（三）普通破产债权。”以上法律规定虽然没有明文指出法定优先权与抵押权的效力先后问题，但从中看出法律优先保障劳工利益的原则。如果房地产公司的法定优先权不能优先于抵押权，则房地产公司的欠款无法偿还，工人的工资和劳动保险费用就无法实现。因此，从保障劳工利益的角度，应当认定法定优先权优先于抵押权。

电信公司的住宅楼工程完工后，一直由房地产公司实际占有。如果认定抵押权优先于法定优先权，则房地产公司必须交出住宅楼，这对于已经占有住宅楼的房地产公司来说，是需要付出一定代价的，而且房地产公司认为交出住宅楼于己不利，可能会采取损毁、破坏等方式减少住宅楼的实际价值，使其不能发挥应有作用。因此，为了避免房地产公司各种可能的极端做法，避免造成社会资源的浪费，也应当使房地产公司的法定优先权优先于中国银行的抵押权。

对于电信公司的住宅楼，法定优先权和抵押权都合法有效，因此两项权利发生了直接冲突。按照保障劳工利益的原则，同时也为了避免造成可能发生的社会资源破坏和浪费，应当确认房地产公司的法定优先权优先于中国银行的抵押权。

72. 典当合同的效力是否影响典当物所有人的连带责任?

【案情】

2005年8月，某电影公司与某典当行签订了房屋买卖合同，合同约定电影公司将位于黄成路38号的房屋卖给典当行。但合同签订后，典当行一直没有付款，因此此合同作废。卫国箐在得知这一消息后，与电影公司协商，表示愿意购买此房屋，双方确定房屋价格为12万元，在卫国箐首付2万元之后，电影公司将公司专用章及其他手续交给了卫国箐。10月，卫国箐因经商需要，与典当行签订了典当合同，合同规定卫国箐将自己的位于黄成路38号的房屋出典给典当行，典当期为1年，典当行支付典价10万元，韦某在正常情况下可以续当一次，如果典当行认为不应当续当时，卫国箐应当在到期时将全部典当金及相关费用无条件归还典当行。双方在合同上签字盖章，同时，卫国箐在自己的签字旁边加盖了电影公司的合同专用章，其备注为：位于黄成路38号的房屋已经典当给典当行。同日，典当行的工作人员以胡某的名义与电影公司签订了房屋买卖合同，该合同上有电影公司的公司印章。该典当合同签订后，典当行向卫国箐支付了10万元价款。同时，卫国箐开出了收到胡某房款的收据，但是胡某并未实际付款。2006年8月，典当期到后，卫国箐没有来赎回当物。典当行遂起诉至人民法院，请求法院判令卫国箐返还典当金10万元，同时电影公司承担连带责任。

【争鸣】

■ 原告典当行提出，卫国箐将不属于自己的房屋出典给典当行，在典当合同签订后，卫国箐取得了典价，但到期未赎典造成承典人典当行的损失。因为电影公司在该典当合同上加盖了公司的合同专用章，这样就使典当行有充分的理由相信电影公司对该典当合同予以认可。电影公司的合同专用章在客观上促成了韦某和典当行达成典当协议，所以电影公司对此应当承担连带责任。

■ 被告电影公司提出，卫国箐在与典当行签订典当合同时，称位于黄成路 38 号的房屋属于自己所有，而卫国箐并未取得该房屋的所有权，卫国箐将该不属于自己的财产典当给典当行以获得贷款，违背了诚实信用原则，而且事后该房屋所有权人并未同意将其财产作为典当物交给卫国箐支配，因此该典当合同无效，卫国箐应当对典当合同的无效承担责任。而典当行作为专门的典当业务机构，在签订典当合同时，理应对典当物的所有权进行审查，而典当行以其工作人员的个人名义与电影公司签订房屋买卖合同，未要求卫国箐出示对该房屋的所有权凭证或要求电影公司证明卫国箐对该房屋具有处分权，因此该典当合同无效，典当行也应当承担相应的责任。电影公司将其合同专用章交给卫国箐使用，是基于其他合同关系，电影公司既未委托卫国箐进行典当活动，也未表示同意卫国箐将自己仍享有所有权的房屋出典，所以卫国箐在典当合同上加盖电影公司的公司印章，纯属个人行为，电影公司对此不应当承担连带责任。



【律师点评】

《民法通则》第 4 条规定："民事活动应当遵循自愿、公平、等

价有偿、诚实信用的原则。”第58条第1款规定：“下列民事行为无效：……（四）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的……”《合同法》第6条规定：“当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则。”第7条规定：“当事人订立、履行合同，应当遵守法律、行政法规，尊重社会公德，不得扰乱社会经济秩序，损害社会公共利益。”按照以上法律规定，平等的民事主体在进行民事活动时，应当遵守诚实信用的原则。就本案而言，卫国箐与典当行签订典当合同时，双方均出自自愿，如果卫国箐用自己的财产作为典当物交付给典当行以获得贷款，贷款到期后，卫国箐可以还清贷款赎回典当物，也可以不赎回典当物，任由典当行以合法的方式处分该典当物。但从案件的真实情况来看，该典当合同的主体双方是韦某和电影公司，而合同所规定的典当物却是电影公司仍然拥有所有权的房屋，而且电影公司从未许可卫国箐将房屋出典给典当行，而卫国箐将不属于自己的房屋出典给典当行，违背了民事法律所规定的诚实信用原则，以致该典当合同归于无效。

《典当管理办法》第35条规定：“办理出当与赎当，当户均应当出具本人的有效身份证件。当户为单位的，经办人员应当出具单位证明和经办人的有效身份证件；委托典当中，被委托人应当出具典当委托书、本人和委托人的有效身份证件。除前款所列证件外，出当时，当户应当如实向典当行提供当物的来源及相关证明材料。赎当时，当户应当出示当票。典当行应当查验当户出具的本条第二款所列证明文件。”从以上法律规定可以看出，典当行经营金融业务必须有一套严密的制度和操作规范，典当行承接典当物品，应当查验典当单位或个人出具的有关证明，对没有有效文件证明其合法来源的物品不应当受理。在本案中，典当行作为一家专门的典当机构，在承接位于黄成路38号的房屋时，典当合同规定由卫国箐出具该房屋的售房合同及交付房款收据，但典当行实际上是以个人名义购买了该房屋。既然典当

行能够购买到该房屋，说明典当行对于该房屋的真正所有权人是非常清楚的。在这种情况下，典当行仍然与不拥有房屋所有权的卫国箐签订房屋典当合同，典当行对此应当承担一定责任。

《民法通则》第63条规定："公民、法人可以通过代理人实施民事法律行为。代理人在代理权限内，以被代理人的名义实施民事法律行为。被代理人对代理人的代理行为，承担民事责任。依照法律规定或者按照双方当事人约定，应当由本人实施的民事法律行为，不得代理。"第66条第1款、第2款规定："没有代理权、超越代理权或者代理权终止后的行为，只有经过被代理人的追认，被代理人才承担民事责任。未经追认的行为，由行为人承担民事责任。本人知道他人以本人名义实施民事行为而不作否认表示的，视为同意。代理人不履行职责而给被代理人造成损害的，应当承担民事责任。"在本案中，电影公司因与卫国箐有房屋买卖关系，而将本公司的合同专用章交给了卫国箐。而卫国箐是以自己的名义与典当行签订了典当合同，典当合同中明确写有"卫国箐将自己的位于黄成路38号的房屋出典给典当行"的字样。可见，卫国箐不是以电影公司的名义与典当行签订房屋典当合同的，而电影公司既未同意卫国箐以本公司的财产出典给典当行，也未委托卫国箐针对该房屋进行典当活动，因此可以看出，卫国箐在典当合同上加盖电影公司的合同专用章属于个人行为。尽管卫国箐在房屋典当合同上加盖了电影公司的合同专用章，但没有证据表明电影公司为典当合同的保证人，所以电影公司对此不必承担连带责任。

《民法通则》第61条规定："民事行为被确认为无效或者被撤销后，当事人因该行为取得的财产，应当返还给受损失的一方。有过错的一方应当赔偿对方因此所受的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。双方恶意串通，实施民事行为损害国家的、集体的或者第三人的利益的，应当追缴双方取得的财产，收归国家、集体所有或者返还第三

人。”第134条规定：“承担民事责任的方式主要有：……（四）返还财产……”本案中房屋典当合同无效后，合同将自始无效。因该合同取得的财产，应当予以返还，当事人之间的财产状况应当恢复到合同没有订立时的状态。卫国箐和典当行对合同的无效都应当承担责任，而电影公司不必承担责任。

73. 在抵押借款合同中，最高额抵押担保的主债权能否转让？

【案情】

2003年8月21日，某银行支行（以下简称“支行”）与某化工公司（以下简称“化工公司”）签订了最高额抵押担保合同，合同约定化工公司以其机器设备作抵押，为其自2003年8月21日至2004年8月21日，最高额为300万元的借款提供担保。工商行政管理局对抵押物依法进行了登记。

2003年11月3日，化工公司与支行签订借款合同，合同约定借款金额为80万元，借款用途为贷旧还新，还款期限为2004年5月3日，月利率为5‰，按月结息。

2004年4月19日，支行与某资产管理公司（以下简称“资产管理公司”）签订债权转让协议，将其对化工公司的上述债权转让给资产管理公司。同日，支行与资产管理公司在报纸上联合发布了上述债权转让公告。化工公司对此并未持异议。

贷款到期后，资产管理公司向化工公司催收借款，化工公司以各种理由推托，一直未还。资产管理公司遂向法院起诉，要求化工公司按照借款合同约定偿还借款本金和利息。

【争鸣】

■ 原告资产管理公司提出，我公司于2004年4月19日与支行签订债权转让协议，约定支行将其对化工公司的债权转让给我公司，并

对此进行了公告，被告化工公司对此并未持异议。贷款到期后，被告以各种理由推托，不按照合同约定偿还贷款本息，我公司作为债权人有权要求其偿还借款本息。

■被告化工公司提出，根据《担保法》第61条规定，最高额抵押的主合同债权不得转让，因此支行转让其债权的行为无效。资产管理公司不是债权人，其不具备原告的资格。



【律师点评】

本案涉及的是最高额抵押所担保的主合同债权能够转让的问题。

所谓最高额抵押担保，是指抵押人与抵押权人协议，在最高债权额限度内，以抵押物对一定期间内连续发生的债权作担保。最高额抵押担保有如下特点：第一，最高额抵押担保所担保的债权具有最高额限制。最高额是指由当事人约定的、能够由最高额抵押担保获得优先受偿之债权的最高限额。最高额决定着债权人受担保的债权的最大范围，是最高额抵押担保设立的必要条件，未规定最高额的，该最高额抵押担保合同无效。但是，预定的最高担保额并非最高额抵押担保所担保的实际债权额。第二，对一定期间内连续发生的债权作担保。债权存续的"一定期间"是最高额抵押担保合同的一项基本内容，也是判断某项债权是否属于最高额抵押担保所担保的债权的时间标准。没有"一定期间"，最高额抵押担保合同就不能成立。第三，最高额抵押担保所担保的债权为不确定债权。在最高额抵押担保存续期间内，被担保的债权可能因债务人的清偿而减少，也可能因债务人与债权人继续签订借款合同而增加，使得被担保债权额处于不确定的状态，直至决算期届至，实际发生的债权额才能得以确定。第四，最高额抵押担保有决算期的规定。决算期是确定最高额抵押担保的担保人

担保债权实际数额的时间。经过决算期，最高额抵押担保的数额才能得以确定。

关于最高额抵押担保的主债权的转让问题，我国《担保法》第61条明确规定："最高额抵押的主合同债权不得转让。"根据该条规定，最高额抵押的主合同债权不得转让，因此，最高额抵押权当然也不能转让。其立法本意在于保持最高额抵押权的完整性和概括性，禁止因主合同债权的分割转让而带来的最高额抵押权的分割。但这一规定并未禁止在最高额抵押权所担保的债权确定之前，其具体债权与抵押权相分离而单独转让。从每个具体债权的合同角度来看，显然债权的数额都是确定的，既然债权数额是确定的，法律就没有理由认为债权人不能转让每一个具体的债权。最高额抵押权人不转让基础法律关系，而只转让某一具体债权时，最高额抵押权并不随之转让。每个具体债权的转让只意味着债权脱离了最高额抵押权所担保的范围，不会产生抵押权随之转移的情形，也不会发生抵押权分割给多个债权人行使的问题。我国《合同法》第80条规定："债权人转让权利的，应当通知债务人。未经通知，该转让对债务人不发生效力。债权人转让权利的通知不得撤销，但经受让人同意的除外。"

《物权法》的出台明确了在最高额抵押担保的债权确定前，部分债权转让的效力。《物权法》第204条规定："最高额抵押担保的债权确定前，部分债权转让的，最高额抵押权不得转让，但当事人另有约定的除外。"根据该规定，一、在最高额抵押担保的债权确定之前，允许主合同项下的部分债权自由转让，这样一方面给予了当事人更多的选择，也有利于维护抵押人的利益。二、债权确定之前，部分债权转让的，最高额抵押权不得转让。最高额抵押在决算前与被担保债权中的个别债权并无一一对应的担保关系，与单个的债权之间并无从属性。债权的转让并不会导致最高额抵押权的分割和转让。三、当事人可以在抵押合同中约定，在最高额抵押担保的债权确定前，部分

债权转让的，最高额抵押权也随之转让，给予当事人更大的选择权，充分体现了意思自治原则。

本案中，支行只是将在最高额抵押决算期内针对化工公司的一笔具体债权转让给资产管理公司，而并非基础借贷关系的转让，且资产管理公司与支行就该债权转让事宜联合发布公告时，化工公司也并未提出异议，根据我国《合同法》第80条规定："债权人转让权利的，应当通知债务人。未经通知，该转让对债务人不发生效力。债权人转让权利的通知不得撤销，但经受让人同意的除外。"支行转让债权时已经履行了通知义务，因此其与资产管理公司之间签订的债权转让协议是合法有效的，应当得到法律保护，化工公司应当按照合同约定向债权人资产管理公司偿还贷款本息。



74. 贷款抵押担保合同中约定以公司现有的和将有的生产设备、原材料、成品作为抵押物对债务进行担保的，该约定是否有效？

【案情】

某服装公司（以下简称“服装公司”）由于产品畅销，欲扩大规模，于2004年12月15日向某银行（以下简称“银行”）贷款100万元人民币。双方签订贷款抵押协议，约定：贷款期限6个月，贷款金额100万元，月息为8‰，服装公司提供一套从国外引进的流水生产线和工厂仓库中的原料和产品为抵押。银行同意仓库中的原料和产品可以正常流转，但服装公司必须保证仓库中存有一定数量的上述原料和产品。合同签订后，双方到当地工商管理局进行了登记。之后，银行向服装公司支付贷款100万元。

3个月后，银行发现服装公司的经营状况恶化，仓库中的原材料等物品出多入少，于是立即采取行动一方面派两位职员马上封库，不许产品和原材料运出仓库，另一方面通知服装公司要求其或者归还贷款或者另外提供相应的资金作为担保。但服装公司表示既没有能力还款也没有能力再提供担保。银行于是诉至法院，要求以服装公司提供的流水生产线和工厂仓库中的原料和产品进行优先受偿。

【争鸣】

■ 原告银行提出，本行与服装公司签订贷款抵押合同，约定服装公司提供一套从国外引进的流水生产线和工厂仓库中的原料和产品

为抵押。我行同意仓库中的原料和产品可以正常流转，但服装公司必须保证仓库中存有一定数量的上述原料和产品。但是目前服装公司严重亏损，在不能偿还贷款的情况下，本行要求以其提供的抵押物优先受偿。

■被告服装公司提出，本公司确实与银行签订了贷款抵押合同，但是本公司提供的抵押物不符合我国法律规定，因此抵押条款无效。



【律师点评】

本案涉及的是一种新型的抵押类型——动产浮动抵押。

浮动抵押是指企业以其全部资产包括现在的和将来可以取得的全部资产为标的设定抵押的一项新型担保制度。浮动抵押的标的物范围很广，如机器、设备、原材料、库存、应收款项、土地合同权利、专利权、商业信誉等都可作为浮动抵押的标的物。

浮动抵押制度是我国《物权法》确立的一项新的抵押担保制度。我国《物权法》第181条规定："经当事人书面协议，企业、个体工商户、农业生产经营者可以将现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品抵押，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，债权人有权就实现抵押权时的动产优先受偿。"该条的具体含义如下：一、动产浮动抵押的设定应当采用书面协议方式。二、适用主体包括企业、个体工商户和农业生产经营者。三、动产抵押标的物限于现有的以及将有的动产。这些动产包括生产设备、原材料、半成品和产品。

动产浮动抵押权的设定应当登记，未经登记不得对抗善意第三人。我国《物权法》第189条规定："企业、个体工商户、农业生产经营者以本法第一百八十一条规定的动产抵押的，应当向抵押人住所

地的工商行政管理部门办理登记。抵押权自抵押合同生效时设立；未经登记，不得对抗善意第三人。依照本法第一百八十一条规定抵押的，不得对抗正常经营活动中已支付合理价款并取得抵押财产的买受人。”由此可见，尽管浮动抵押人享有自由处分抵押标的的权利，但并非等同于其可以不顾抵押人的利益任意妄为。而是应将这种自由处分限定在正常经营活动的范围中，以正常经营活动作为平衡抵押权人与买受人之间的利益平衡点。

浮动抵押权的实现，首先，浮动抵押权抵押物的确定。债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，债权人有权就约定实现抵押权时的动产优先受偿。《物权法》第196条规定：“依照本法第一百八十一条规定设定抵押的，抵押财产自下列情形之一发生时确定：（一）债务履行期届满，债权未实现；（二）抵押人被宣告破产或者被撤销；（三）当事人约定的实现抵押权的情形；（四）严重影响债权实现的其他情形。”其次，浮动抵押权实现的方式不同于普通抵押权的实现方式。浮动抵押权的实现需要抵押权人向人民法院提起实行申请。法院受理浮动抵押权的申请后，经审查符合实行条件的，应做出施行浮动抵押权的决定，同时发布浮动抵押权开始实行的公告和查封抵押人总财产的公告，并指定财产管理人负责管理抵押人总财产。

本案中，对于抵押贷款合同的效力，抵押贷款合同的内容不违反法律的强制性规定，属于有效合同，同时，浮动抵押已经经过了当地工商管理局登记，浮动抵押权已经有效设立。

对于浮动抵押权实现的条件，《物权法》第193条规定：“抵押人的行为足以使抵押财产价值减少的，抵押权人有权要求抵押人停止其行为。抵押财产价值减少的，抵押权人有权要求恢复抵押财产的价值，或者提供与减少的价值相应的担保。抵押人不恢复抵押财产的价值也不提供担保的，抵押权人有权要求债务人提前清偿债务。”服装

公司经营严重恶化，可能无法偿还贷款及利息的情形发生时，银行为了保护自己的债权，有权根据上述规定要求服装公司另行提供担保，在服装公司不能追加担保的情况下，有权要求服装公司提前清偿债务。在服装公司表示无力归还贷款和本金的情况下，银行作为抵押权人有权提请法院实行浮动抵押权，以保证自己的合法债权得以实现。



75. 借款担保合同中，以房屋为典当抵押贷款的，应当如何认定？

【案情】

2003年7月27日，某典当公司（以下简称“典当公司”）与某装修公司（以下简称“装修公司”）协商一致签订房地产典当抵押贷款合同，合同约定，装修公司向典当公司借款人民币80万元，借款期限自2003年7月27日起至2004年1月27日，利息为月利率4%，为了保证装修公司依约履行还款义务，双方还在合同中约定装修公司将其所有位于某小区1门301室的房屋作为典当抵押贷款的财产担保。合同签订后，典当公司如约履行了合同，并为装修公司出具了当票。后还款期限届至，装修公司未能按约定的期限还款赎当，经多次催告无效，典当公司将装修公司告上法庭，要求装修公司偿还借款本金及利息。

【争鸣】

■ 原告典当公司提出，本公司与装修公司签订的房地产典当抵押贷款合同是双方真实意思的表示，不违反法律的强制性规定，应当属于有效合同，装修公司应当按照双方签订的房地产典当抵押贷款合同规定，给付借款本金及利息。

■ 被告装修公司提出，本公司与典当公司签订的房地产典当抵押贷款合同并非典当合同，属于名为典当实为借贷的合同，违反法律强制性规定，应当属于无效合同。



【律师点评】

本案主要涉及的是典当以及典当与抵押权的区别。

为了明确典当及其与抵押权的区别，首先对实践中容易混淆的几个概念予以区别。实践中容易被混淆的概念有典权、典当、抵押。

典权是指一方支付典价，占有他方的不动产而享有的使用、收益的权利。典当是指为了担保债权的实现而占有由债务人或第三人移交的动产，当债务人逾期不履行债务时，可对该动产主张有限受偿权。抵押权是指债务人或者第三人不转移对抵押财产的占有，将该财产作为债权的担保。债务人不履行债务时，债权人有权以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。

典权与典当的区别在于：首先，二者性质不同。典权属于用益物权，而典当属于担保物权。其次，标的物不同。典权的标的物只能是不动产，而典当的标的物只能是动产。再次，义务人收回标的物时的成本不同。出典人收回典物时，只需支付原典价，而出当人赎回当物时，不仅须支付本金还须支付一定的利息。最后，是否可以对标的物进行使用、收益不同。典权人可以对标的物进行使用和收益，而典当的质权人不得对标的物进行使用，也无权对其进行收益。例如，《典当管理办法》第41条第1款规定："典当行在当期内不得出租、质押、抵押和使用当物。"

典权与抵押权均可以不动产为标的，但是二者也存在重大区别，表现在：首先，二者成立的前提条件不同，典权以转移不动产的占有为前提，而抵押权则不以转移不动产的占有为前提，抵押权的成立无须转移标的物的占有。其次，二者的性质不同，典权的性质为用益物权，决定了其以取得不动产的使用权和收益权为主要目的，抵押权的性质为担保物权，决定了其以取得不动产的交换价值为主要目的。再

次，是否可以对标的物进行使用、收益不同。典权人可以对标的物进行使用和收益，而抵押权人不得对标的物进行使用，也无权对其进行收益。

典当与抵押的区别在于标的物不同。典当的标的物只能为动产，而抵押的标的物可以为动产，也可以为不动产。

典当的本质应当为一种特殊类型的质押，质押可分为民事质、商事质和营业质三种，民事质和商事质属于普通质押，而营业质专指典当，应当适用典当的有关规定，典当的主体只能是依法成立的典当机构，不能是其他个人或者组织。

本案中，典当抵押贷款的房屋并未实际转移占有，不符合“典”的本质特征。所谓典权，是指支付典价占有他人不动产而为使用收益的权利。由于我国担保法仅规定了动产质权，而不承认不动产质权，收取典价而将自己的不动产交由典权人占有、使用、收益就是“典”的特点。本案涉及的进行典当抵押贷款的房屋并未实际转移占有，不符合“典”的本质特点，而更符合以房屋不转移占有进行抵押借款的基本要求。同时，本案以房屋进行抵押贷款也不符合“当”的特点，典当的标的物只能是动产，而本案中涉及的房屋是不动产，因此也不属于典当。

从双方所签订的合同内容看，双方订立合同的依据主要是《担保法》，主要条款约定的内容也是以房屋为担保借款。虽有典当等字样，但内容体现的仍是建立一种抵押借贷关系，且办理了抵押登记。故本案应予认定为抵押借款法律关系。应适用我国的《担保法》和《合同法》的有关规定处理此案。当事人双方签订合同的主要条款均为双方当事人的真实意思表示且未违反法律的规定，应认定有效。

76. 借款担保合同中，既有债务人提供的抵押，又有第三人提供的抵押，债权人应当如何实现其抵押权？

【案情】

2004年3月12日，某药业公司（以下简称“药业公司”）与某银行支行（以下简称“支行”）签订贷款抵押合同，合同约定药业公司向支行贷款500万元，贷款期限一年，贷款利率为年利率6.13%。违约责任为：如逾期归还贷款，支行按每日3‰的比例计收利息。抵押条款为：药业公司以其财产为上述贷款提供抵押担保，某建筑公司（以下简称“建筑公司”）以其房地产为药业公司向支行的贷款提供抵押担保。上述抵押财产均办理了抵押登记。贷款到期后，药业公司仅偿还120万元本金及部分利息。2005年9月，药业公司在支行向其发出的《债权确认书》上盖章确认截止到2005年9月8日，尚欠本金380万元及相应利息。

【争鸣】

■原告支行提出，我行与被告药业公司、建筑公司签订贷款抵押合同，合同合法有效，合同明确约定了借款金额、期限、利率、违约责任、抵押条款等，被告药业公司应当按照合同约定按时还款付息，建筑公司作为抵押人之一，应当承担连带共同抵押责任。

■被告药业公司提出，我公司并非有意违反贷款抵押合同，由于公司内部管理原因，没有及时履行合同义务。

■被告建筑公司提出，我公司虽然也提供了房地产作为抵押物，

但是毕竟我公司并非借款人，支行应当先对药业公司提供的抵押物进行优先受偿，而不能首先要求我公司承担连带抵押责任。



【律师点评】

本案涉及的是共同抵押，焦点是在共同抵押情况下，既有债务人提供的抵押物，也有第三人提供的抵押物，债权人应当如何实现抵押权。

所谓共同抵押，是指为担保同一债权，而于数个财产上设定抵押权，也称总括抵押权。共同抵押权是相对于单独抵押权而言的，由于单独抵押权为抵押权的常态，故共同抵押权属于特别抵押权。共同抵押可按照不同的标准进行如下分类：

第一，以各当事人是否就各抵押物所担保的债权份额进行了约定为标准，共同抵押可分为按份共同抵押与连带共同抵押。按份共同抵押是指每个抵押物限定了所担保的债权金额，债权人只能就各个抵押物卖得价金分别就其应负担的金额受偿。在按份共同抵押中，每个抵押物对同一债权是分别担保，因此不是真正的共同抵押。连带共同抵押是指未限定每个抵押物所担保的债权金额，债权人可以任意就其中一个或几个抵押物卖得的价金受偿，即每个抵押物均担保债权之全部。连带共同抵押保证了抵押权人债权的清偿，对抵押权人较为有利。

第二，以抵押财产是否同属于一人为标准，共同抵押可分为抵押财产同属于一人的共同抵押、抵押财产分属于多人的共同抵押。抵押财产同属一人的共同抵押，是指一人对供抵押的数项抵押财产享有所有权或处分权的共同抵押。这里的一人既可以是债务人，也可以是债务人以外的第三人。数项抵押财产同属第三人时，依当事人对数项抵

押财产中各抵押财产担保的债权份额是否有约定，有数项财产同属第三人的按份共同抵押与连带共同抵押之分。抵押财产分属多人的共同抵押，是指供抵押的数项财产分别归属于不同的人，即多人对数项抵押财产分别享有所有权或处分权。可分为两种情况，一是某项或某几项抵押财产属于债务人，其他抵押财产属于第三人，此时不管是按份共同抵押还是连带共同抵押，债权人必须先就债务人提供的抵押财产进行优先受偿，如果就债务人提供抵押的财产卖得价金能满足债权人的全部债权，则其他抵押人的义务即告解除，若不能满足全部债权，则债权人只能就不能满足的部分再就其他抵押人的抵押财产的卖得价金受偿。二是供抵押的多项抵押财产均属债务人以外的第三人。在数项抵押财产分属不同人的情形，对第三人提供抵押的各个抵押财产，所担保的债权份额是否有约定，也有按份的共同抵押与连带的共同抵押之分。

本案中，支行与药业公司、建筑公司三方签订的贷款抵押合同系各方当事人真实意思的表示，其内容不违反法律禁止性规定，应属合法有效的合同。药业公司在借款到期后未能全额还本付息系违约行为，其应按合同约定承担相应的违约责任，即清偿所欠借款本金、合同期内利息、逾期罚息。

虽然本案所涉债权存在药业公司、建筑公司两个抵押人，当事人对其提供的抵押财产所担保的债权份额和顺序没有约定。但是，由于药业公司所提供的抵押为债务人抵押，建筑公司所提供的抵押为第三人抵押，依据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第75条第1款之规定：“同一债权有两个以上抵押人的，债权人放弃债务人提供的抵押担保的，其他抵押人可以请求人民法院减轻或者免除其应当承担的担保责任。同一债权有两个以上抵押人的，当事人对其提供的抵押财产所担保的债权份额或者顺序没有约定或者约定不明的，抵押权人可以就其中任一或者各个财产行使

抵押权。抵押人承担担保责任后，可以向债务人追偿，也可以要求其他抵押人清偿其应当承担的份额”，本案中债权人支行在实现抵押权不能就药业公司和建筑公司所提供的抵押财产中的任一或各个财产行使抵押权，而应首先就债务人药业公司提供的财产实现抵押权；只有在药业公司提供抵押的财产折价或拍卖、变卖的价款优先受偿后，仍不足以清偿的情况下，才能对建筑公司所提供的财产实现抵押权。因此，在本案中药业公司与建筑公司的抵押并非连带共同抵押，支行主张药业公司与建筑公司承担连带共同抵押责任的理由缺乏法律依据，不能成立。

77. 丧失追偿贷款的权利是否同时丧失对借款抵押物的抵押权？

【案情】

2003年1月8日，工商银行某支行（以下简称“某支行”）与星星经贸公司签订贷款合同，约定星星经贸公司向某支行贷款人民币400万元，用于公司的流动资金周转，贷款期限为2003年1月9日到2004年1月9日，贷款利率按月息8.41‰计算。同时，为了保证贷款安全，某支行与李星签订贷款抵押合同，约定李星愿意以位于某路5号的私产房为星星经贸公司贷款400万元本息作抵押担保，如星星经贸公司到期拖欠贷款本息，则某支行可以采取任何方式处理抵押物，以偿还贷款本息。上述抵押经李星的妻子田伊莱书面同意，并在当地房管部门办理了抵押登记。两份合同签订后5日，某支行依约向星星经贸公司发放贷款400万。但该笔贷款到期后，星星经贸公司未按期偿还贷款。2006年6月，某支行诉至法院，请求星星经贸公司偿还贷款本息，并将抵押房屋依法拍卖冲抵欠款，并由被告承担全部诉讼费用。

【争鸣】

■原告某支行提出，星星经贸公司向自己贷款有贷款合同为证，双方明确约定了贷款期限，星星经贸公司应当依约按时还本付息，但是星星经贸公司违反约定，没有按时偿还贷款及利息，因此要求星星经贸公司偿还贷款本息；同时，由于贷款时，李星以其私产房依法为

星星经贸公司贷款400万元本息作抵押担保，因此要求拍卖抵押房屋冲抵欠款及利息。

■ 被告星星经贸公司的代理人提出，星星经贸公司与某支行签订的贷款合同中明确约定贷款期限为2003年1月9日到2004年1月9日。2004年1月9日贷款到期后直至某支行向法院提起诉讼时止，某支行从未向星星经贸公司提出过偿还贷款本息的要求，根据我国相关法律规定，某支行对追偿贷款本息的诉讼请求已经超过了法定时效期间。同时，超过诉讼时效也意味着某支行丧失了对借款抵押物的抵押权。综合上述两条意见，星星经贸公司可以不承担偿还贷款本息的义务。



【律师点评】

首先，本案中第一个需要解决的问题是，某支行对追偿贷款的诉讼请求是否超过了法定的诉讼时效。

《民法通则》第135条规定："向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为2年，法律另有规定的除外。"由于不存在另有规定的情形，因此本案中诉讼时效应当适用该条规定的2年。

《民法通则》第139条规定："在诉讼时效期间的最后6个月内，因不可抗力或者其他障碍不能行使请求权的，诉讼时效中止。从中止时效的原因消除之日起，诉讼时效期间继续计算。"第140条规定："诉讼时效因提起诉讼、当事人一方提出要求或者同意履行义务而中断。从中断时起，诉讼时效期间重新计算。"从上述规定可以看出，如果出现上述规定中的法定事由，诉讼时效可以中止、中断。本案中，不存在诉讼时效中止、中断的法定事由，因此某支行向星星经贸公司追偿贷款本息的诉讼时效至2006年1月9日届满。某支行起诉

星星经贸公司的时间为2006年6月，其追偿贷款的诉讼请求已经超过了法定诉讼时效。

其次，某支行丧失追偿贷款本息胜诉权的同时，是否也相应丧失了贷款抵押物的抵押权。

虽然原告债权主张超过了法定的诉讼时效期间，法院依法不予保护。但因上述贷款办理了合法有效的房屋抵押手续，根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第12条“担保物权所担保的债权的诉讼时效结束后，担保人在诉讼时效结束后二年内行使担保物权的，人民法院应予以支持”之规定，某支行作为抵押权人，虽然丧失了追偿贷款的胜诉权，但其抵押权并未丧失，因此其主张对李星用以抵押的房屋行使担保权的诉讼请求，应依法予以支持。

质押关系



78. 借款合同使用票据质押担保，质押的票据上没有注明“质押”字样的，应当如何处理?

【案情】

2005年4月29日，某商业银行与中亚物资公司签订了一份借款合同，合同约定：商业银行借给中亚物资公司人民币45万元，借款期限为一个月，借款利率为3.5%，按季结算；付息方式为按时付息；同日，双方又签订了一份贷款质押合同，合同约定：中亚物资公司以银行承兑汇票作为45万元贷款的质押担保。该汇票承兑申请人为南京某公司，收款人为中亚物资公司，建设银行某支行为承兑银行，于2005年4月25日签发，汇票金额为46万元，汇票到期日为2005年6月30日。以上两份合同签订后，商业银行依约向中亚物资公司划付了贷款。中亚物资公司也将上述银行承兑汇票交给商业银行作为质押。贷款到期后，中亚物资公司向商业银行支付了借款期间的利息，但是本金45万元一直未予归还。2005年6月20日，商业银行持上述银行汇票向建设银行某支行提示付款，建设银行某支行以汇票未经背书为由拒绝承兑。商业银行遂向人民法院起诉，要求中亚物资公司偿还贷款本金45万元，建设银行某支行在承兑汇票金额范围内对上述金额承担连带还款责任。

【争鸣】

■原告商业银行提出，被告中亚物资公司于2005年4月29日与自己签订借款合同，明确约定了借款的数额、借款期限、利率、

付息时间及方式。双方之间的借款关系明确，中亚物资公司违反约定未按时还款是违约行为，因此自己有权要求中亚物资公司还款。同时，签订借款合同的同时，双方还签订了一份贷款质押合同，承兑申请人为南京某公司，收款人为中亚物资公司，建设银行某支行为承兑银行，于2005年4月25日签发，金额为46万元，到期日为2005年6月30日的汇票质押给自己。自己作为质押权人有权在中亚物资公司不履行还款义务时行使质押权，但是作为承兑银行的建设银行某支行不履行承兑付款义务，因此请求法院依法判决其履行承兑付款义务。

■ 被告中亚物资公司提出，自己由于资金紧张，请求延期付款，对原告商业银行的请求无异议。

■ 被告建设银行某支行提出，根据相关法律规定，中亚物资公司与商业银行就本案汇票质押时，未背书记载“质押”字样，因此质押不能成立，因此，商业银行不是票据被背书人，不能行使汇票权利。自己与商业银行之间不存在票据关系，也不存在借贷关系，因此商业银行无权要求自己承担连带还款责任。



【律师点评】

本案争议的实质问题是票据质押的法律效力问题。质押是民事活动中一种担保债权实现的形式。1995年6月30日颁布且于同年10月1日实施的《中华人民共和国担保法》对质押的范围、生效条件、法律后果首次作出了明确的规定。《担保法》第75条规定：“下列权利可以质押：（一）汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单；（二）依法可以转让的股份、股票；（三）依法可以转让的商标专用权，专利权、著作权中的财产权；（四）依法可以质押的其他权利。”

该条规定明确规定汇票作为权利凭证可以作为质物，由出质人向质权人设置质押担保。《担保法》第76条规定："以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的，应当在合同约定的期限内将权利凭证交付质权人。质押合同自权利凭证交付之日生效。"由于民事、经济生活中所设置的汇票质押的法律关系涉及众多的当事人，各方当事人在票据流转领域行使票据权利时所涉及的权利义务已脱离设置质押时的原因关系，票据权利和义务主题出现多元化状态，仅依据《担保法》很难予以有效地调整。1995年5月10日，我国颁布了《中华人民共和国票据法》，并于1996年1月1日起施行，这是一部调整票据关系诸多问题的专门性法律。该法就票据质押的法律条件和效力在第35条第2款中作出了明确规定，即"汇票可以设定质押，质押时应当以背书记载'质押'字样。被背书人依法实现其质权时，可以行使汇票权利。"

就上述《担保法》和《票据法》的相关规定来讲，《票据法》作为特别法，再次确立了汇票可以设定质押的基本原则。同时，针对票据关系的特点，《票据法》规定了票据设定质押的法定条件，即设定汇票质押应当以背书记载"质押"字样，质权人在实现其质权时，才可以行使汇票权利，否则票据义务人有权行使抗辩权，拒付票据确定的付款义务。

本案中，中亚物资公司为向商业银行借款而与商业银行设定的质押汇票，其票据本身属于有效票据。中亚物资公司作为收款人具有该汇票出质人的资格，商业银行作为贷款出借人具有接受汇票而成为质权人的资格，该汇票质押后，中亚物资公司向商业银行交付了该银行承兑汇票，该行为从设定担保的本意出发来考虑，已经符合《担保法》第75条和第76条的规定。但由于《票据法》作为特别法，对汇票质押行为的生效条件作出了更为具体的限制性规定，中亚物资公司在交付质押的汇票时未背书记载"质押"字样，因此其不符合

《票据法》这一特别法规定的质押生效条件。因此商业银行不能依法有效地行使汇票权利，建设银行某支行可以提出抗辩主张，拒绝承兑该汇票。

79. 合伙人因借款质押自己在合伙企业中的出资份额的，应当如何处理？

【案情】

张秦喜、苏樱和戚书会三人系关系较好的朋友，都对水产销售比较感兴趣，后经过一段时间的准备，三人成立了合伙企业，专门经营水产销售生意。由于三人齐心协力经营，合伙企业的生意蒸蒸日上。但就在此时，张秦喜因劳累过度导致肝病突发，入院治疗。由于所需治疗费用较大，其一家之力难以承受，张秦喜遂向亲戚谢延平借款20万元，为了让谢延平放心，张秦喜同意将其在合伙企业中的出资份额作为质押。二人签订相关协议后5天内，谢延平将20万元借款交付给张秦喜。事后，张秦喜将向谢延平借款20万元并将自己在合伙企业中的出资份额质押给谢延平一事向苏樱和戚书会征求意见，苏樱对此表示同意，但戚书会对张秦喜擅自质押其在合伙企业中的出资份额的做法感到非常气愤，认为合伙企业正处在良好的发展时期，不同意张秦喜的借款质押行为。三人经过多次协商，仍然无法达成一致意见，因此戚书会将张秦喜告上法庭，要求确认张秦喜与谢延平之间签订的质押合同无效。

【争鸣】

■原告戚书会认为，张秦喜向谢延平借款20万元是其自己的事，但是张秦喜在事先没有征求其他合伙人意见的情况下，擅自将自己在合伙企业中的出资份额质押给谢延平的行为关乎合伙企业和其他合伙

人的利益和前途，其擅自处分的行为不应当得到支持，请求确认双方之间签订的质押合同无效。

■被告张秦喜认为，自己由于生病需要治疗费用向谢延平借款20万元，并且将自己在合伙企业中的出资份额质押给谢延平属于无奈之举，同时自己处分的是自己的合法财产，戚书会无权阻止。



【律师点评】

本案中，张秦喜向谢延平借款20万元的事实清楚，证据确实，双方之间的借贷关系依法成立，当事人对此都无异议，因此本案的关键并不在于双方之间的借贷关系，而在于因借贷产生的质押关系。

我国《合伙企业法》第25条规定："合伙人以其在合伙企业中的财产份额出质的，须经其他合伙人一致同意；未经其他合伙人一致同意，其行为无效，由此给善意第三人造成损失的，由行为人依法承担赔偿责任。"法律之所以作如此规定，是因为合伙企业自身的特点决定的。合伙企业中，各个合伙人之间是相互非常信赖的，每个合伙人必须对合伙财产承担其应当承担的责任，不能随便处理财产。

本案中，虽然张秦喜是将自己在合伙企业中的出资份额质押给谢延平，但其却忽视了一点，在合伙企业存续期间，其在合伙企业中的出资份额已经成为合伙财产，未经其他合伙人一致同意的情况下，张秦喜不得擅自处分合伙企业的财产。因此，根据《合伙企业法》第25条的规定，张秦喜未经其他合伙人一致同意，其与谢延平之间的质押行为无效。谢延平作为善意第三人，如果因质押合同无效受到损失，张秦喜应当承担赔偿责任。

上述案例提醒我们，目前，由于经济发展迅速，合伙企业非常常见，在这种情况下，合伙人的行为应当符合法律的相关规定。本案

中，虽然张秦喜的遭遇让人同情，但是由于其违反了法律规定，不但没有得到应有的帮助，还导致自己可能要承担赔偿责任，这是应当引以为戒的。

80. 借款人以经过核押的虚开的存单为质押借款的，该质押是否有效?

【案情】

2004年6月16日，卫强直持某储蓄所（以下简称“储蓄所”）出具的记载有其本人姓名的两张金额分别为30万元和40万元定期一年存单（通兑），向某信用社（以下简称“信用社”）申请质押贷款60万元。

当日，信用社到储蓄所对两张存单进行核实，储蓄所核实后，与信用社、卫强直共同签订《证明书》。《证明书》将存单凭证号、金额、存款人姓名等内容一一写明，并注明卫强直愿以该两张存单在信用社办理质押贷款，储蓄所证明存款有效，同时承诺贷款到期后，无论存款是否到期，信用社可持存单和《证明书》办理支取手续等。储蓄所工作人员栗之章在《证明书》上加盖单位公章和个人私章。

同日，信用社与卫强直签订《质押担保借款合同》，合同约定：卫强直向信用社借款60万元，期限六个月，自2004年6月16日至同年12月15日，月利率为9.85‰。合同订立后，卫强直将两张存单交与信用社质押，信用社向卫强直发放贷款60万元。

后还款期限届至，卫强直没有按照合同约定还款。经查，卫强直质押的两张存单是储蓄所工作人员栗之章虚开的。信用社诉至法院，请求法院判令储蓄所兑付质押存单所载款项。

【争鸣】

■原告信用社提出：我社依法放贷，既审查了存单，又到储蓄所进行核押，本案质押合同有效。储蓄所对存单进行了核押，即确立了储蓄所对存单真实性及保证信用社质权实现的义务。但由于储蓄所疏于管理，致其工作人员为他人虚开存单，并用于质押借款实施诈骗。虚开存单的行为是导致本案纠纷的直接原因，其过错显而易见。因此储蓄所应当承担兑付质押存单所载款项的义务。

■被告储蓄所提出：本案质押的两张存单是本所工作人员栗之章违反规定虚开的，属于欺诈行为，与本所无关，质押合同因欺诈而无效，本所不应当承担兑付质押存单款项的义务。



【律师点评】

本案涉及的是对虚开的但核押过的存单出质应当如何处理的问题。

本案中，卫强直向信用社质押的两张存单即属于虚开的存单，属于作为金融机构的储蓄所出具但无实际存单内容的存单，是卫强直在储蓄所工作人员栗之章恶意串通而为的行为。所谓虚开的存单，是指确属金融机构出具但无实际存单内容或与实际存款不符的真实存单。无实际存款内容的存单是指空存单，即“存款人”根本未存入任何款项。与实际存款不符的存单是指套取的存单，如实际存入 50 元，在金融机构存款底联上是 50 元，但在存单上却另行记载 50 万元。无论哪种存单，它们都有一个共同的特点，即存单外表真实，形式要件齐备，普通人在通常情况下不能辨别存单的真实情况，不能获悉持有人的实际存款情况。虚开存单，往往是存单持有人在金融机构内部工

作人员的帮助下才能完成，存单持有人和金融机构内部工作人员在主观上属于恶意串通，存单持有人虽然持有存单，但也并不表明其与金融机构之间存在任何债权债务关系。

本案中，卫强直提供给信用社进行质押的存单虽然是虚开的存单，但是经过存款银行储蓄所的核押。所谓存单核押，是指质权人将存单质押的情况告知金融机构，并就存单真实性向金融机构咨询，金融机构对存单的真实性予以确认并在存单上或以其他方式签章的行为。核押的构成要件应当包括两部分：一、形式要件。形式要件是指对核押的形式要求，包括质权人向存单开出行提示核押的形式和存单开出行向质权人答复的形式。由于我国现有的法律法规对此没有规定，因此核押的形式要件应当属于当事人意思自治的范畴，允许当事人自行确定。二、实质要件。实质要件是指对核押的内容要求。根据核押的法律意义，核押的内容应当包括对出质权利的真实性的查询和对该权利已被出质的申明两部分。如果核押内容仅有对处置权利的真实性的查询，存单开出行核实出质权利的真实性并不带来权利质押已通知开出行的法律后果。本案中，信用社到储蓄所对两张存单进行核实，储蓄所核实后，与信用社、卫强直共同签订《证明书》。储蓄所工作人员栗之章在《证明书》上加盖单位公章和个人私章。这些行为完全符合上述核押的形式要件和实质要件，属于对存单进行核押。

因存单属于权利凭证，容易被伪造、变造，实践中经常有当事人因为接受了假存单质押而受到损失。但由于存单所代表的债权是权利而非实在之物，所以当债权人持出质存单向开出行核押，开出行对存单所代表的债权予以承认，即便该存款事实并未发出，开出行也应当对其承诺的债权凭证的真实性负责。因此，核押的意义在于：质权人可以凭存单已经核押来证明其所享有的存单质权的真实性、有效性，质权人接受已经核押的存单出质，属于善意无过失，开出行即便可以证明存单虚假，也因其核押行为而不能对抗质权人。最高人民法院

《关于审理存单纠纷案件的若干规定》第8条规定："以金融机构核押的存单出质的，即便存单系伪造、变造、虚开，质押合同均为有效，金融机构应当依法向质权人兑付存单所记载的款项。"

本案中，储蓄所对没有真实存款关系的存单进行核押并承诺贷款到期后，无论存款是否到期，信用社可持存单和《证明书》办理支取手续。依据法律规定，储蓄所负有向信用社兑付存单所记载款项的法律义务。

81. 质权人未经出质人同意，将质物转质的，应当如何处理?

【案情】

2004年7月18日，胡黎青与某首饰公司（以下简称“首饰公司”）签订了借款合同，合同约定：首饰公司向胡黎青借款，借款金额为30万元，借款期限为2004年7月18日至2004年10月17日，期限为三个月，借款利率为5%。为保证所借款项顺利收回，胡黎青要求首饰公司提供价值30万元的首饰作为质押。双方于是在借款合同中增加了首饰公司向胡黎青交付价值30万元的首饰作为质押的约定。合同签订后，胡黎青依约将30万元交付给首饰公司、首饰公司将30万元首饰交付给胡黎青作为质物。

胡黎青后因生病住院，急需20万元支付手术费，于是向付升恒借款20万元，付升恒要求胡黎青提供担保，胡黎青已无其他可以提供担保的钱物，于是将首饰公司出质给其的首饰转给付升恒作为质物进行担保。

胡黎青与首饰公司之间的借款到期后，首饰公司按照借款合同约定归还了借款，同时首饰公司要求胡黎青返还价值30万元的首饰，但是胡黎青数次推诿，后首饰公司听说其已将30万元的首饰转质押给付升恒，于是向当地法院起诉，要求胡黎青返还作为质物的30万元首饰。

【争鸣】

■原告首饰公司提出，我公司与被告胡黎青签订借款协议，胡黎青借给我公司30万元，我公司向其提供30万元的首饰作为质押。在我公司不知情的情况下，胡黎青擅自将30万元质物转给了付升恒，我公司现在已经按照约定偿还了其借款本息，胡黎青应当将我公司提供的质物返还给我公司。

■被告胡黎青提出，根据我国法律规定，可以转质，现质物已经转给付升恒，因此，首饰公司无权要求返还质物。



【律师点评】

本案涉及的是转质的问题。

所谓转质，是指质权人在占有质物之后，为担保自己的债务，将质物再次质押给自己的债权人而设定新的质权的行为。因转质而取得质权的人，成为转质权人，以质物设定新的质权的原质权人，称为转质人。转质既可以适用于动产质押，也可以适用于权利质押。转质行为是基于两个债权债务关系而形成了一个质物上的两个质权并存，从而产生出质人、质权人、转质权人三方主体的权利责任互动关系。

根据转质是否经过出质人同意，在法律上可将转质分为承诺转质和责任转质。

承诺转质，是指质权人经出质人同意，为担保自己的债务或他人的债务，以其占有的质押标的物为第三人再设定质权的行为。质权人在转质时取得了出质人的同意，意味着出质人已将质物质押的处分权力赋予了原质权人。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第94条第1款的规定就是对承诺转质的处

理方法，即“质权人在质权存续期间，为担保自己的债务，经出质人同意，以其所占有的质物为第三人设定质权的，应当在原质权所担保的债权范围之内，超过的部分不具有优先受偿的效力。转质权的效力优于原质权”。

责任转质，是指债权人在质权存续期间，为了担保自己的债务或者他人的债务，以自己的名义将质押财产为第三人设立的质权。质权人对因转质而发生的损害承担赔偿责任。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第94条第2款的规定就是对责任转质的处理方法，即“质权人在质权存续期间，未经出质人同意，为担保自己的债务，在其所占有的质物上为第三人设定质权的无效”。

本案中，胡黎青与首饰公司签订的借款合同，是双方真实意思的表示，内容合法，因此属于合法、有效的合同。合同中约定了首饰公司提供30万元首饰作为质物的条款，但并未写明对于转质如何处理。作为质权人的胡黎青以首饰公司提供的30万元首饰再次出质给付升恒，并未征得出质人首饰公司的同意，胡黎青的转质行为属于责任转质，即以自己的名义将质押财产为第三人付升恒设立质权，根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第94条第2款的规定，对于责任转质，胡黎青在质权存续期间，未经首饰公司同意，为担保自己的债务，在其占有的首饰公司提供的30万元首饰上为付升恒设定的质权无效。首饰公司要求其返还质物30万元首饰的请求符合法律规定，应当予以支持。

82. 借款人以股权出质的，应当符合何种条件？

【案情】

2006年3月6日，某信用社（以下简称“信用社”）与某化妆品公司（以下简称“化妆品公司”）签订《质押借款合同》，合同约定：信用社借给化妆品公司人民币500万元，贷款利率按月利率14.07‰计；如遇国家调整利率，本项贷款利率亦相应调整，贷款期限为12个月，即从2006年3月6日起至2007年3月5日止；化妆品公司同意将其所有的某玩具有限责任公司（以下简称“玩具公司”）股份25万股质押给信用社。合同签订后，信用社依约将500万元付给了化妆品公司。化妆品公司也将玩具公司股数为25万股股金收据交给信用社作质押。

借款期限届满后，化妆品公司未能如约还款，信用社多次催款未果，于2007年4月1日向法院起诉，要求化妆品公司偿还借款本息，并就其质押的玩具公司法人股进行优先受偿。

【争鸣】

■原告信用社提出，本社与被告化妆品公司签订《质押借款合同》，该合同是双方真实意思的表示，内容并不违反法律强制性规定，因此属于合法有效的合同，被告化妆品公司应当按照合同约定向我社还本付息。同时《质押借款合同》还约定被告化妆品公司将其持有的玩具公司的25万股股份质押给我社，作为其借款的担保，因此我社有权就该质押的股份进行优先受偿。

■被告化妆品公司提出，我公司确实与信用社签订了《质押借款合同》，虽然合同中约定我公司将持有的玩具公司25万股股份质押给信用社，但是由于合同签订后，上述质押的股份并未办理登记手续，因此信用社不享有质押权，无权就该股份进行优先受偿。



【律师点评】

本案涉及的是借款人以其拥有的股份出质的，应当经过何种程序才能保证股权出质的有效性。

我国《担保法》第75条规定："下列权利可以质押：（一）汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单；（二）依法可以转让的股份、股票；（三）依法可以转让的商标专用权，专利权、著作权中的财产权；（四）依法可以质押的其他权利。"可见，依法可以转让的股权可以质押。

所谓股权质押是指出质人以其所有的股权作为质押标的物而设立的质押。根据《担保法》和《公司法》的有关规定，股权质押应当符合如下条件：

首先，股权应当具有可转让性。股权是股东因出资而取得的，依法定或公司章程规定的规则和程序参与公司事务并在公司中享有财产利益的，具有转让性的权利。正是由于兼备财产性和可转让性，股权才可以作为一种适格的质押物。因此，判断某公司的股权时候可以质押时，必须首先确定该股权是否可以依法转让。例如，如下情形中的股权因不具有可转让性因此不可作为质押的标的：《公司法》第142条规定："发起人持有的本公司股份，自公司成立之日起一年内不得转让。公司公开发行股份前已发行的股份，自公司股票在证券交易所上市交易之日起一年内不得转让。公司董事、监事、高级管理人员应

当向公司申报所持有的本公司的股份及其变动情况，在任职期间每年转让的股份不得超过其所持有本公司股份总数的百分之二十五；所持本公司股份自公司股票上市交易之日起一年内不得转让。上述人员离职后半年内，不得转让其所持有的本公司股份。公司章程可以对公司董事、监事、高级管理人员转让其所持有的本公司股份作出其他限制性规定。”

其次，以有限责任公司的股份出质的，应当按照公司章程的规定履行股权转让的内部决策程序，如果公司章程没有特别约定，应当按照《公司法》第72条规定履行决策程序，即“有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。股东向股东以外的人转让股权，应当经其他股东过半数同意。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征得同意，其他股东自接到书面通知之日起满三十日未答复的，视为同意转让。其他股东半数以上不同意转让的，不同意的股东应当购买该转让的股权；不购买的，视为同意转让。经股东同意转让的股权，在同等条件下，其他股东有优先购买权。两个以上股东主张行使优先购买权的，协商确定各自的购买比例；协商不成的，按照转让时各自的出资比例行使优先购买权”。

之所以要履行上述内部决策程序，是因为《担保法》第78条第3款明确规定，以有限责任公司的股份出质的，适用公司法股份转让的有关规定。

再次，以股权出质的，应当签订书面股权质押合同。《担保法》第78条第1款规定，以依法可以转让的股票出质的，出质人与质权人应当订立书面合同。书面股权质押合同的内容应当包括：被担保的主债权种类、数额；债务人履行债务的期限；质物的名称、数量、质量、状况；质押担保的范围；质物移交的时间；当事人认为需要约定的其他事项。

最后，以股权出质的，还应当根据不同情况办理出质登记。股权

出质分为股票出质和股份出质两种。以股份有限公司的股票出质的，出质人和质权人订立书面质押合同后，应当根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第103条规定，以股份有限公司的股份出质的，适用《中华人民共和国公司法》有关股份转让的规定。以上市公司的股份出质的，质押合同自股份出质向证券登记机构办理出质登记之日起生效。以非上市公司的股份出质的，质押合同自股份出质记载于股东名册之日起生效。以有限责任公司的股份出质的，出质人和质权人订立书面质押合同后，应当将股份出质的情况记载于股东名册，质押合同自股份出质记载于股东名册之日起生效。我国《物权法》对上述《担保法》规定的出质登记进行了修正，《物权法》第226条第1款规定："以基金份额、股权出质的，当事人应当订立书面合同。以基金份额、证券登记结算机构登记的股权出质的，质权自证券登记结算机构办理出质登记时设立；以其他股权出质的，质权自工商行政管理部门办理出质登记时设立。"因此，如果本案发生在《物权法》颁布生效后，则应当根据《物权法》的规定办理股权出质登记。

本案中，原告与被告的借款质押合同中关于借款部分的条款意思表示真实，合法有效。被告化妆品公司在借款期限届满后未依约还本付息。对此，被告化妆品公司应将尚欠原告信用社的借款本息付清给原告。

由于本案发生在《物权法》实施之前，因此被告化妆品公司与原告信用社在借款质押合同中约定的质押条款的效力问题应当依据《担保法》的相关规定解决，质押条款是被告化妆品公司对借款合同提供担保的真实意思表示，但该质押行为一则未经过玩具公司的内部决策程序，二则未依法将股份出质记载于玩具公司股东名册，违反《担保法》的有关规定，故确认该质押关系无效。

83. 借款人以物业使用经营权出质的，该质押是否有效，质权人应当如何行使质权？

【案情】

2004年9月13日，某银行（以下简称“银行”）与某酒业公司（以下简称“酒业公司”）签订《借款质押合同》，约定由银行向酒业公司提供330万元借款，期限一年，用于流动资金周转。酒业公司以其在某处7000平方米的物业15年的使用经营权向银行提供质押担保，如发生到期贷款本息未得偿付，银行可任意选择以下两种方式中的一种：一、从酒业公司于该项经营权收益中扣除，二、成为上述物业的经营者至清偿本息日止。

合同签订后第三日，银行依约向酒业公司放款330万元，但酒业公司到期未能还款，为此，银行在向酒业公司索款未果的情况下，诉至法院，要求酒业公司偿还借款本金及利息，并以酒业公司质押的物业使用经营权优先受偿。

【争鸣】

■原告银行提出，本行与被告酒业公司签订《借款质押合同》，该合同是双方真实意思的表示，内容并不违反法律强制性规定，因此属于合法有效的合同，被告酒业公司应当按照合同约定向我行还本付息。同时《质押借款合同》约定被告酒业公司将其在某处7000平方米的物业15年的使用经营权向我行提供质押担保，因此我行有权就该质押的物业经营收益权进行优先受偿。

■被告酒业公司提出，我公司与银行签订的《质押借款合同》中约定，我公司将在某处7000平方米的物业15年的使用经营权向银行提供质押担保，但是我国法律并没有规定物业使用经营权可以作为质押的标的，因此《质押借款合同》中的质押条款无效。



【律师点评】

本案涉及的是借款人以物业使用经营权作为质押标的的效力如何？质权人应当如何行使其质权？

首先，借款人可以以物业使用经营权作为质押标的物。我国《担保法》第75条规定："下列权利可以质押：（一）汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单；（二）依法可以转让的股份、股票；（三）依法可以转让的商标专用权，专利权、著作权中的财产权；（四）依法可以质押的其他权利。"从上述规定来看，物业使用经营权应当属于依法可以质押的其他权利。因此，借款人以物业使用经营权作为质押标的签订质押合同是合法有效的。

其次，在物业使用经营权可以作为质押标的的前提下，质权人行使其质权应当具备以下两个条件：第一，债务履行期届满，这是实现质权的前提条件，如果债务没有到期，就不存在质权的实现问题，而债务履行期限一般在合同中都有明确约定，但值得注意的是，以物业使用经营权作质押的债务一般数额较大，期限较长，债务最后履行期限必须先于物业使用经营权期限届满，若债务最后履行期限与出质人享有的物业使用经营权期限同时到达或后于物业使用经营权期限届满，因出质人已不再享有物业使用经营权，质押权人将无法取得出质的物业使用经营权，质押权人也无法就物业使用经营权拍卖、变卖的价款优先受偿。第二，债务人不能履行其债务。物业使用经营权质押

属于权利质押，有关权利质权的实现方式当然可以适用于物业使用经营权。

物业使用经营权的实现方式有两种：一种是直接收取物业产生的收益，即由质权人取代质押人的地位，直接向使用该物业的人收取费用，并将收取的费用偿还质权人的借款本息直至完全偿还完毕。另一种是拍卖、变卖物业使用经营权。拍卖就是把物业使用经营权以公开竞价的方式，把物业使用经营权转让给最高应价者的一种买卖方式，将所得价款用于清偿对质押权人的债权。作为变现的一种方法，这种方法快捷便利。拍卖可分为委托拍卖和强制拍卖。委托拍卖是指出质人和质权人委托拍卖行进行的拍卖，从拍卖所得的款项中优先清偿质权人的债权。出质人和质押人不能就质押权利的拍卖达成协议，质押人可以通过诉讼和申请强制执行，要求法院强制拍卖，以拍卖所得有限清偿质权人的债权，从而消灭质权。如果拍卖所得不足以清偿质权人的债权，质权人未受偿部分的债权就变成一般债权，以一般债权人的身份向债务人求偿。变卖就是以拍卖以外的方式，将物业使用经营权达成协议转让给其他人。

本案中，银行与酒业公司所签订的《借款质押合同》关于借款部分的条款均合法有效。

关于《借款质押合同》中的质押条款的效力问题，银行与酒业公司在《借款质押合同》中约定："酒业公司以其在某处7000平方米的物业15年的使用经营权向银行提供质押担保，如发生到期贷款本息未得偿付，银行可任意选择以下两种方式中的一种：一、从酒业公司于该项经营权收益中扣除，二、成为上述物业的经营者至清偿本息日止。"上述约定应当属于我国《担保法》第75条第4项规定的情形，因此酒业公司应当以其享有的某处7000平方米物业15年的使用经营权折价，或以拍卖、变卖该用益物权所得价款抵偿给银行。

84. 借款担保合同中，既有人的担保又有质押担保的，应当如何处理？

【案情】

某运输公司（以下简称“运输公司”）于2001年1月10日与某银行（以下简称“银行”）签订《借款担保合同》，约定银行贷给运输公司160万元，借款期限1年，并约定了利息及逾期加收罚息等。同时，合同中还约定：运输公司将其持有的某有限公司的股权及其权益（包括但不限于未分配利润）为其所欠银行全部借款本金及利息提供质押担保；某安装工程公司（以下简称“安装工程公司”）对运输公司与银行签订的上述160万元借款本金及利息提供担保，承诺如运输公司未按期归还借款本息，安装工程公司在收到银行书面通知后7日内将所欠借款本息划拨银行，如不履行，银行有权从担保人的银行账户中扣收全部担保金额。合同签订后，上述股权质押被依法记载于某有限公司的股东名册。

银行根据运输公司的用款需求，于2001年1月13日向运输公司贷款160万元。贷款期满后，银行多次向运输公司发函催收，但运输公司除支付部分利息外，其余贷款本金和利息均未归还，安装工程公司也未履行保证责任。银行为实现其债权，诉至法院，请求判令运输公司归还借款本金和未付利息，安装工程公司承担连带保证责任，银行对运输公司提供质押担保的股权及其权益享有优先受偿权。

【争鸣】

■原告银行提出，我行与运输公司签订的《借款担保合同》是双方的真实意思表示，其中约定运输公司以其持有的某有限公司的股权作为质押，且该质押依法记载于某有限公司的股东名册，应属合法有效。本行对上述股权及其权益享有优先受偿权。同时，合同也约定安装工程公司作为保证人为运输公司的借款承担保证责任，因此安装公司应当按照合同约定承担连带责任保证。

■被告安装工程公司提出，本案所涉股权质押合法有效，我公司不应再承担连带担保责任。



【律师点评】

本案涉及的是人的担保和物的担保并存时应当如何处理的问题。

人的担保和物的担保都是债权保障的担保手段。人的担保是主债务人以外的第三人以其全部责任财产为主债务的履行提供的担保，以保证担保为其基本形式。保证关系中，主债务人以外的第三人又称保证人。物的担保是主债务人或第三人以其特定的动产、不动产或者其他财产权利为主债务的履行提供的担保，包括抵押担保、质押担保和留置担保三种。物的担保关系中，以其特定的动产、不动产或者其他财产权利为主债务的履行提供担保的第三人，又称物上保证人。

实务中，债权人为强化其债权，对于同一债权同时约定有人的担保与物的担保者不在少数。在主债务人届期不履行债务时，债权人实现其债权究竟应当向保证人和物的保证人先后主张还是同时主张？我国《担保法》第 28 条规定："同一债权既有保证人又有物的担保的，保证人对物的担保以外的债权承担保证责任。债权人放弃物的担保

的，保证人在债权人放弃权利的范围内免除保证责任。”最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第38条规定：“同一债权既有保证又有第三人提供物的担保的，债权人可以请求保证人或者物的担保人承担担保责任。当事人对保证担保的范围或者物的担保的范围没有约定或者约定不明的，承担了担保责任的担保人，可以向债务人追偿，也可以要求其他担保人清偿其应当分担的份额。同一债权既有保证又有物的担保的，物的担保合同被确认无效或者被撤销，或者担保物因不可抗力的原因灭失而没有代位物的，保证人仍应当按合同的约定或者法律的规定承担保证责任。债权人在主合同履行期届满后怠于行使担保物权，致使担保物的价值减少或者毁损、灭失的，视为债权人放弃部分或者全部物的担保。保证人在债权人放弃权利的范围内减轻或者免除保证责任。”上述规定可作如下理解：第一，同一债权既有人的担保又有债务人提供的物的担保时，物的担保责任绝对优先，保证人享有先诉抗辩权，其理由是：债务人是本位上的债务承担者，保证人仅是代替其承担责任，在承担了保证责任后，仍然对债务人享有求偿权。在债务人自己提供物的担保的情况下，首先处理该物清偿债务，可以避免日后再行使追偿权。第二，同一债权既有人的担保又有第三人提供的物的担保时，保证人和物上保证人处于同一清偿顺序，债权人既可以要求保证人承担保证责任，又可以要求物上保证人承担担保责任。

本案中，运输公司与银行签订的《借款担保合同》合法有效，运输公司对其结欠银行的借款本息依法应予归还。银行与运输公司协商一致约定以运输公司持有的某有限公司的股权及权益作为质押是双方真实意思表示，内容不违反法律规定，并已依法记载于某有限公司的股东名册，应认定该股权质押已经成立并生效。在运输公司不履行主债务包括本案所涉主债务时，银行依法有权以运输公司在某有限公司的股权及其权益折价或者以拍卖、变卖的价款优先受偿。

安装工程公司为运输公司向银行借款提供的保证担保合法有效。

由于本案所涉债权既有保证，又有债务人运输公司自己提供的质押担保，构成混合共同担保。运输公司作为债务人是当然的债务承担者，依照《中华人民共和国担保法》第28条第1款的规定，保证人安装工程公司在有债务人运输公司自身提供的质押担保的情况下，享有先诉抗辩权，在质押财产不足清偿债权时，才承担对剩余债务的补充清偿责任。



85. 借款人以记载“不得背书转让”字样的汇票出质的，该质押是否有效?

【案情】

2005年8月10日，某石油公司（以下简称“石油公司”）与某银行（以下简称“银行”）签订了《质押贷款协议》，协议约定：贷款金额为130万元，借款期限2年，期限届满时，石油公司要还本付息。为担保上述债务，石油公司将一张面额为150万元，石油公司为受款人，承兑日期为2005年9月5日的银行承兑汇票。该汇票背面盖有“不得背书转让”字样的印章。

随后，某银行按照《质押贷款协议》约定，向石油公司贷款130万元，但是石油公司在约定的还款时间未能按时还款，银行多次催款无效，向法院起诉要求石油公司返还借款及利息，并作为质权人行使质押汇票的票据权利。

【争鸣】

■ 原告银行提出，本行与被告石油公司签订《质押贷款协议》，协议是双方当事人真实意思的表示，内容并不违反法律的强制性规定，属于合法、有效的合同。被告石油公司应当根据协议约定按时偿还借款本金及利息。同时，协议还约定，被告以汇票作为借款的质押，虽然质押的汇票上盖有“不得背书转让”字样的印章，但是汇票的质押背书是以票据权利设立质权为目的，不以转让票据权利为目的，质押背书是一种非转让背书，不具有票据权利转让的效力，因

此，记载“不得转让”字样的汇票可以设立质押，因此，在汇票到期或在债务人即汇票质押的背书人不履行其债务的情况下，我行作为质权人可以依法行使票据权利。

■被告石油公司提出，我公司提供作为质押的汇票不具有可转让性，因此在此汇票上设置的质押应当属于无效质押，银行不享有该汇票的票据权利。



【律师点评】

本案主要涉及的是以记载“不得背书转让”字样的票据出质的，质押的效力如何?

能否以记载“不得背书转让”字样的票据出质，首先，从质押的目的出发考虑。质权设定的目的在于质权人就标的之交换价值受清偿，故只能以可让与之权利出质，不可让与的财产权不能作为权利质押的标的。虽然在签订票据质押合同或者质押背书时不发生票据权利的转让，但如果主债务人未履行到期债务，票据质权人依法实现质权时，需要行使票据权利，此时票据权利行使者由出质人转为质权人，实际发生了票据权利的转让。如果不能发生票据权利的让与，则票据质权人根本无法行使票据权利。

其次，从我国现行的法律规定来看，最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第5条规定:“以法律、法规禁止流通的财产或者不可转让的财产设定担保的，担保合同无效。以法律、法规限制流通的财产设定担保的，在实现债权时，人民法院应当按照有关法律、法规的规定对该财产进行处理。”《关于审理票据纠纷案件若干问题的规定》第53条规定:“出票人在票据上记载“不得转让”字样，其后手一次票据进行贴现、质押的，通过

贴现、质押取得票据的持票人主张票据权利的，人民法院不予支持。”因此，即使票据收款人或其后手以该票据设定票据质押，质权人也不享有票据权利，另外，出票人已经在票据上记载“不得转让”字样限制了票据的流通，此时再要求出票人对票据质权人承担票据责任，对于出票人来说显失公平。我国《物权法》第223条规定：“债务人或者第三人有权处分的下列权利可以出质：（一）汇票、支票、本票；（二）债券、存款单；（三）仓单、提单；（四）可以转让的基金份额、股权；（五）可以转让的注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权；（六）应收账款；（七）法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利。”第209条规定：“法律、行政法规禁止转让的动产不得出质。”第229条规定：“权利质权除适用本节规定外，适用本章第一节动产质权的规定。”根据上述规定，不仅质押的动产应当是能够转让的财产，质押的财产权也应当是能够转让的财产权。《票据法》第27条规定：“持票人可以将汇票权利转让给他人或者将一定的汇票权利授予他人行使。出票人在汇票上记载“不得转让”字样的，汇票不得转让。持票人行使第一款规定的权利时，应当背书并交付汇票。背书是指在票据背面或者粘单上记载有关事项并签章的票据行为。”第80条规定：“本票的背书、保证、付款行为和追索权的行使，除本章规定外，适用本法第二章有关汇票的规定。本票的出票行为，除本章规定外，适用本法第二十四条关于汇票的规定。”第93条规定：“支票的背书、付款行为和追索权的行使，除本章规定外，适用本法第二章有关汇票的规定。支票的出票行为，除本章规定外，适用本法第十四条、第二十六条关于汇票的规定。”从上述法律规定可见，出票人记载“不得转让”的票据，不得转让，这类票据不具有流通性，票据权利不能转让。因此不能设定质押。

本案中，石油公司与银行签订的《质押借款合同》中的有关借款的内容是双方真实意思的表示，不违反法律的强制性规定，应认定

有效。

关于以记载“不得背书转让”字样的汇票能否设定质押问题，该汇票明确载明不允许背书转让，此系双方当事人对该汇票的约定，而石油公司与银行明知该承兑汇票约定不允许背书转让，仍以此承兑汇票设立质押，显系不妥。我国票据法规定，出票人在汇票上记载不得背书转让字样的，汇票不得转让；原背书人对后来的被背书人不承担保证责任。银行与石油公司的质押行为，其法律后果将发生转让行为，而权利质押的标的只能是依法可以转让的财产权，不可转让的权利不得设立质权。因此，该质押行为应认定无效。



86. 借款人将已经质押的存单出质，贷款人对此不知情的，能否取得质权？

【案情】

2007年11月1日，某银行（以下简称“银行”）与某建材公司（以下简称“建材公司”）、某水泥公司（以下简称“水泥公司”）签订《质押借款合同》，合同约定银行贷款人民币80万元给建材公司，期限自2007年11月1日至2008年1月31日，月利率为9.24‰，水泥公司以其名下金额为人民币100万元的某信托投资公司（以下简称“信托投资公司”）大面额存单为上述借款提供担保，并将该存单质押于银行处。

合同签订后，银行按合同约定向建材公司发放贷款80万元，还款期届至，建材公司未还借款。经协商，银行与水泥公司经办人携前述存单至信托投资公司处办理支取手续，以归还建材公司借款本息。信托投资公司工作人员对存单审查后，告知银行取款人将划款至其指定账户。此后，银行一直未收到该款，经与信托投资公司交涉，得知该存款已被信托投资公司扣划，用于归还水泥公司所欠信托投资公司的借款。银行无奈之下，诉至法院，要求信托投资公司停止侵权，偿付贷款本息。

【争鸣】

■原告银行提出，我行与建材公司、水泥公司签订《质押借款合同》，该合同系各方当事人真实意思的表示，并不违反法律强制性

规定，应当属于合法有效的合同。水泥公司自愿提供其名下金额为人民币100万元的某信托投资公司（以下简称“信托投资公司”）大面额存单为建材公司向我行的借款提供担保，并实际将上述存单交付给我行保存。质押依法成立，被告信托投资公司擅自将该存款扣划，侵犯了我行作为质权人的合法权利。

■ 被告信托投资公司提出，我公司扣划水泥公司的存款并非没有道理的。2007年10月2日，我公司与水泥公司签订贷款合同。水泥公司向我公司借款人民币100万元，期限为3个月，水泥公司将其存在我公司处金额为100万元的一张定期存单质押给我公司。后水泥公司因公司结算中心清理账务，需要借用存单，我公司同意后，水泥公司从我公司处借出其质押存单，并在我公司不知情的情况下，将该存单为建材公司向原告借款提供质押，此种再质押行为是无效行为，原告未取得质权，无权对存单主张权利。



【律师点评】

本案涉及的是质权的善意取得问题。

所谓善意取得，是指财产占有人将其无权处分的财产转让给第三人，受让人取得该财产时出于善意，则受让人依法取得该财产的所有权或其他物权。《物权法》第106条规定：“无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权：（一）受让人受让该不动产或者动产时是善意的；（二）以合理的价格转让；（三）转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。受让人依照前款规定取得不动产或者动产的所有权的，原所有权人有权向无处分权人请求赔偿损失。当事

人善意取得其他物权的，参照前两款规定。”根据该条最后一款的规定，质权作为担保物权的一种，质权的善意取得也适用该条规定。

质权的善意取得应当符合以下条件：一、无处分权人处分他人财产。这是质权人善意取得的基本前提。二、质权人接受质物时是善意的。判断质权人是否为善意应当采取推定的方法，即推定受让人是善意的，应当由原权利人对受让人是否具有恶意进行举证，如果不能证明其为恶意，则推定其为善意。如果完全由质权人就其出于善意举证，属于加重质权人负担的行为，不利于善意第三人的利益。三、以合理的对价有偿取得质权。无偿取得质权时，不适用善意取得。在有偿取得质权的情况下，合理的对价也是衡量质权人取得质权时是否善意的标准。在市场经济条件下，质权的取得一般是以支付一定的对价作为条件的，这反映了质权取得的一般规律，违反了这一规律的财产转让就可能引起人们对该项交易是否属于善意的合理怀疑。四、质押财产已经交付给质权人。占有的转移即交付质押财产是适用善意取得的条件之一。如果双方仅达成合意，而没有发生质押物的占有转移，则不能发生质权善意取得的效果。

应当注意的是，如果以不法占有的他人存单质押的，该质押应当属于无效。如以偷、抢、骗、捡的存单出质的，债权人无论在主观上对出质人不法占有存单的状态知悉还是不知，质押行为均为无效行为，债权人不能取得质权。因为这种情况不符合质权的善意取得理论。根据质权的善意取得理论，出质人以合法占有的他人财产出质的，当债权人不知道该财产的真实所有关系，实属善意时，债权人可以在该财产上取得质权，而以不法占有的存单出质，不符合质权的善意取得理论，应认定债权人不能取得质权。

本案中，被告因自身过错丧失对质物的占有，责任自负。被告与水泥公司签订的贷款合同和质押协议依法成立，被告作为质权人在取得水泥公司用于质押的存单后，又将该存单借给水泥公司使用，致使

其丧失对存单的占有。原告依法取得质权，其权利应受保护。原告接受存单质押时对于该存单曾质押给被告不知情，其与建材公司、水泥公司签订的《抵押借款合同》合法有效，原告依据该合同而占有存单并无过错，其取得的质权应当受到法律保护。在建材公司未能按期归还借款本息时，原告经与出质人水泥公司协商一致，有权以该存款单兑现的价款优先受偿。



保证关系



87. 贷款担保合同中，没有明确约定保证为何种方式的，保证人是否应当承担连带保证责任？

【案情】

2005年9月10日，某银行兴盛支行（以下简称“兴盛支行”）与聚能公司签订贷款合同，约定聚能公司向兴盛支行贷款153万元，期限自2005年9月10日至2006年9月9日，利率为月息5‰，按月结息，聚能公司到期不偿还贷款本金及利息的，从逾期之日按合同载明的利率水平加收30%计收利息。为保证贷款合同的履行，同日，兴盛支行与疆建建设公司签订了保证合同，合同约定：为保证兴盛支行与聚能公司签订的贷款合同的切实履行，疆建建设公司提供保证，担保范围为贷款本金、利息、复利、罚息、违约金、赔偿金、实现债权的费用和所有其他应付费用，保证期间为自主合同确定的贷款到期之次日起两年。合同签订后，兴盛支行按照合同约定发放了贷款。

贷款到期后，聚能公司未归还借款本金及自2006年3月10日至贷款付清之日止的利息，疆建建设公司也未履行保证责任。兴盛支行多次索要无果，遂诉至法院，要求聚能公司与疆建建设公司归还借款本金153万元，支付自2006年3月10日至贷款付清之日止的利息。

【争鸣】

■原告兴盛支行提出，本行与被告聚能公司与2005年9月10日签订了贷款合同，双方对贷款事项进行了详细的约定，其中约定贷款期限为2005年9月10日至2006年9月9日，但是聚能公司违反约

定不归还贷款本金及自2006年3月10日至贷款付清之日止的利息，应当承担相应的责任。签订贷款合同的同时，本行与作为保证人的疆建建设公司签订了保证合同，约定疆建建设公司为聚能公司的债务进行担保，因此在聚能公司违约不能还款时，疆建建设公司应当承担相应的还款责任。

■ 被告聚能公司提出，本公司承认向兴盛支行贷款的事实，但由于资金紧张无力偿还贷款，请求兴盛支行同意延期还款。

■ 被告疆建建设公司提出，我公司只是保证人，应先由借款方聚能公司履行归还本金及支付利息的合同义务，在此之前，我公司拒绝承担还款责任。



【律师点评】

本案主要涉及的是作为担保方式之一的保证。

担保就是为特定债权人利益的实现而由法律特别规定的保障措施，它是以债务人或者第三人的特定财产或者信用来保证债权实现的手段。为了防患于未然，做好充分准备，防止对方轻易违约或者在对方违约后无力承担赔偿责任，担保便是合同债权的最有力的法律保障手段。换句话说，合同债权不仅立足于本合同债务人的一般财产和信用，而且可以通过担保，在主合同之外，以特定的、与主债权价值相当的财产或第三人的信用为主合同的顺利实现再设一道防线。当主债务人因为自身种种原因不履行或不能履行债务时，债权人可以通过特定的、明确的财产和第三人来实现自己的债权。

保证，是指保证人和债权人约定，当债务人不履行债务时，保证人按照约定履行债务或者承担责任的行为。保证的方式有两种：一是一般保证；二是连带责任保证。一般保证是指当事人在保证合同中约

定，债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任的，为一般保证。

一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，对债权人可以拒绝承担保证责任。连带责任保证是指当事人在保证合同中约定保证人与债务人对债务承担连带责任的，为连带责任保证。连带责任保证的债务人在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务的，债权人可以要求债务人履行债务，也可以要求保证人在其保证范围内承担保证责任。如果本案对于保证的方式进行了明确的约定，则作为保证人的疆建建设公司应当按照约定承担相应的保证责任。

但是问题就在于本案中，作为债权人的兴盛支行和作为保证人的疆建建设公司在签订保证合同时没有明确约定疆建建设公司的保证方式到底为一般保证，还是连带责任保证，属于没有明确约定的情况。我国《担保法》第19条规定："当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照连带责任保证承担保证责任。"本案中，兴盛支行与聚能公司之间签订的借款合同及兴盛支行与疆建建设公司签订的保证合同是各方当事人之间真实意思的表示，属于有效的民事合同。按照合同约定，聚能公司应当归还所欠贷款本金，并支付利息。根据《担保法》第19条的规定，疆建建设公司作为保证人，在没有明确约定为何种保证方式的情况下，应当认定为连带责任保证，因此应当依照保证合同的约定对聚能公司所欠债务承担连带清偿责任。

88. 借款保证合同中，公司为股东提供保证的，该保证是否有效？

【案情】

2001年8月15日，某银行支行（以下简称“支行”）与某机电制造公司（以下简称“机电公司”）签订了1000万元的借款合同，约定借款合同的利息为5.9%，2002年8月14日到期。同时，借款合同中还约定由某开发公司（以下简称“开发公司”）为机电公司的债务承担连带保证责任。

借款合同约定的还款期限届至，机电公司和开发公司均为履行还款义务，经多次催讨不成，支行将机电公司和开发公司告上法庭，要求机电公司偿还借款和利息，开发公司承担连带偿还责任。经查，机电公司为开发公司的大股东之一。

【争鸣】

■原告支行提出，本行与机电公司签订的借款合同合法有效，机电公司应当依法承担偿还借款和利息的责任，开发公司在借款合同中自愿作为保证人，为机电公司的债务承担连带保证责任，因此本行有权要求其承担连带还款责任。

■被告机电公司提出，本公司确实与支行签订了借款合同，但是由于目前资金紧张，无力还款，因此请求延期偿还借款。

■被告开发公司提出，由于机电公司是本公司的股东，根据相关法律规定，公司不得为股东提供担保，因此借款合同中的保证条款

无效，本公司不应当承担连带还款责任。



【律师点评】

本案主要涉及的是公司为股东提供担保的法律效力问题。

本案发生于2001年到2002年，当时的《公司法》第60条第3款规定："董事、经理不得以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保。"最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第4条规定："董事、经理违反《中华人民共和国公司法》第六十条的规定，以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保的，担保合同无效。除债权人知道或者应当知道的外，债务人、担保人应当对债权人的损失承担连带赔偿责任。"

根据上述规定，司法实践中一般遵循如下原则。首先，在担保的表现形式上，董事、经理以公司财产提供的担保是以公司名义签订担保合同，对外应是法人行为，而不是指董事、经理以个人财产提供担保。其次，关于担保的限制范围，不仅是对董事、经理的限制，也是对公司法人机关董事会的限制。再次，除外情形是，经股东会决议或追认的担保，可认定有效；公司章程或股东会决议授予董事会享有决定担保事项职权的，经董事会决议或追认的担保，也可认定为有效。

2005年10月，我国《公司法》进行了第三次修订，修订后的《公司法》第16条规定："公司向其他企业投资或者为他人提供担保，依照公司章程的规定，由董事会或者股东会、股东大会决议；公司章程对投资或者担保的总额及单项投资或者担保的数额有限额规定的，不得超过规定的限额。公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议。"根据上述规定，公司对外提供担保分为两类，应当分别遵守不同的条件。一类是公司为有投资关

系的股东或者有实际控制力的其他主体提供的特殊担保，条件是：必须经过股东会或者股东大会决议；股东会或者股东大会表决时，作为被担保人的股东或者受被担保人的实际控制人支配的股东不得参加表决；股东会或者股东大会的表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过。第二类是公司为股东及实际控制人以外的其他法人、经济组织、个人提供的一般担保，条件是：应该根据公司章程的规定，由董事会或者股东会、股东大会作出决议，即如果公司章程规定对外提供担保的决策权力属于董事会的，就必须由董事会做出决议，如果公司章程规定对外提供担保的决策权利属于股东会或者股东大会的，就必须由股东会或者股东大会做出决议；如果公司章程对担保总额或者单项担保数额有规定的，则无论公司股东会、股东大会或者董事会，都不得超过该规定的限额。

具体到本案，本案的借款合同合法有效，机电公司应当承担清偿到期借款及利息的民事责任。对于借款合同中的担保条款，根据修订前的《公司法》和最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第4条规定，董事、经理以公司资产为本公司股东的债务提供担保属于禁止性法律规定，机电公司是开发公司的股东，开发公司为其股东机电公司进行担保的行为违反了上述禁止性法律规定，应当确认无效。

如果本案发生在《公司法》修订后，开发公司为机电公司进行担保的行为仍然会因为没有履行法律规定的程序而无效。因此，无论在公司法修订前后发生的公司为股东提供担保的行为，均需经过股东会决议或者全体股东同意的程序，否则将被确认为无效。

89. 借款担保合同中，公司法人分支机构未经法人书面授权提供保证的，保证的效力如何?

【案情】

2006年12月8日，郭勇、周平、某技术服务公司项目部（以下简称“项目部”）与顾盈通签订书面借款担保合同，三方约定：郭勇、周平向顾盈通借款15万元，还款日期为2007年3月8日，借款用于郭勇、周平开设的公司周转资金，项目部为郭勇和周平的15万元债务承担保证责任。合同签订后，项目部在借款担保合同上以保证人的身份加盖印章。

后郭勇、周平因经营陷入困境，无力偿还借款，均未能按照借款担保合同约定按时还款，作为保证人的项目部也拒绝承担保证责任，顾盈通于是将郭勇、周平、项目部告上法庭，要求三被告承担偿还借款的责任。

【争鸣】

■原告顾盈通提出，本人与郭勇、周平、项目部三方签订借款担保合同，合同是各方真实意思的表示，属于合法、有效的合同，郭勇、周平应当按照合同约定偿还借款，在郭勇、周平不能偿还借款时，作为保证人的项目部就依法应当承担保证责任。

■被告郭勇、周平提出，其二人并不否认与顾盈通之间的借款关系，但是由于经营陷入困境，确实无力还款。

■被告项目部提出，本部并非独立法人，而只是某技术服务公

司的分支机构，因此本部与顾盈通之间签订的保证条款属于无效条款，不应当承担保证责任。



【律师点评】

本案涉及的主要问题是公司法人的分支机构提供保证的效力问题。本案中，顾盈通是债权人，郭勇、周平是债务人和被保证人，项目部是保证人。

我国《担保法》第10条规定："企业法人的分支机构、职能部门不得为保证人。企业法人的分支机构有法人书面授权的，可以在授权范围内提供保证。"最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第17条规定："企业法人的分支机构未经法人书面授权提供保证的，保证合同无效。因此给债权人造成损失的，应当根据担保法第五条第二款的规定处理。企业法人的分支机构经法人书面授权提供保证的，如果法人的书面授权范围不明，法人的分支机构应当对保证合同约定的全部债务承担保证责任。企业法人的分支机构经营管理的财产不足以承担保证责任的，由企业法人承担民事责任。企业法人的分支机构提供的保证无效后应当承担赔偿责任的，由分支机构经营管理的财产承担。企业法人有过错的，按照担保法第二十九条的规定处理。"

根据上述规定，项目部作为某技术服务公司的分支机构，其为郭勇、周平的15万元债务提供保证的行为未经某技术服务公司的书面授权，因而其与债权人在借款担保合同中约定的保证条款因违反法律的强制性规定，属于无效条款。

我国《担保法》第5条第2款规定："担保合同被确认无效后，债务人、担保人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的

民事责任。”根据本案事实，郭勇、周平和顾盈通均无过错，保证人项目部明知自己没有保证人资格仍然为郭勇、周平提供担保，其行为具有明显的过错，应当承担保证责任。根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第17条第4款规定，项目部首先应当以其经营管理的财产承担保证责任，如果其经营管理的财产不足以承担保证责任的，则应当由某技术服务公司承担民事责任。

从本案中不难看出，公司对外提供担保时，必须符合担保人的主体资格。担保人首先必须是具有民事权利能力和民事行为能力的自然人、法人或者其他组织，并且应当具有代为清偿债务的能力。不具备民事权利能力的分支机构、职能部门不具有主体资格，一般情况下，不能对外提供担保，除非有公司给其的授权。

90. 借款合同变更，保证人是否还需要承担保证责任？

【案情】

某市木材经营公司与该市中国银行签订贷款合同，合同约定，中国银行向木材经营公司提供贷款110万元，借款期限2年，期限届满时，木材经营公司要还本付息，利息共计25万元。合同签订后，中国银行得知木材经营公司经营不善，销路不畅。为了贷款安全，中国银行提出终止与木材经营公司之间的贷款合同。后物资总公司出面协调此事，三方达成一致意见，即中国银行与木材经营公司之间的合同继续有效，物资总公司、木材经营公司和中国银行签订补充协议，由物资总公司充当保证人，保证木材公司到期归还全部贷款，并且支付贷款合同约定的利息。借款期限届满后，中国银行要求木材经营公司还本付息，木材经营公司偿还了80万元，希望余款和利息一个月后再还。中国银行考虑到木材经营公司马上归还余款和利息确有困难，并且有物资总公司做保证人，就同意了木材经营公司的要求，双方签订了协议，但没有通知物资总公司。到应当偿还余款及利息的时间，中国银行发现木材经营公司已无偿还余款和利息的能力，遂向当地人民法院起诉，要求保证人物资总公司与木材经营公司承担连带清偿责任，偿还余款30万元及利息25万元。

【争鸣】

■ 原告中国银行提出，木材经营公司与自己签订贷款合同，对贷款事项进行了明确的约定，物资总公司承担担保责任也是三方之间

的约定，有协议为证。木材经营公司应当偿还自己的贷款和约定的利息，如果木材经营公司没有能力偿还，则物资总公司应当依约承担保证责任。

■被告木材经营公司提出，自己并不是不想偿还贷款及利息，是由于公司经营问题暂时无力支付，希望能延期给付。

■被告物资总公司提出，自己虽然与木材经营公司、中国银行签订了协议，约定承担保证责任，但是贷款到期后，中国银行和木材经营公司在没有通知自己的情况下签订了延期偿还余款30万元和利息25万元的协议，对此自己不应当承担担保责任。



【律师点评】

本案是关于保证人承担保证责任的案例。所谓保证是指保证人与债权人约定，当债务人不履行债务时，保证人按照约定履行债务或承担责任。本案中，中国银行与木材经营公司签订贷款合同后，又与木材经营公司、物资总公司签订三方协议，约定由物资总公司承担保证责任，这也是一种常见的保证方式。

本案中涉及的第一个问题就是物资总公司的保证属于哪种保证方式。对于保证方式，我国法律做出了非常明确的规定。《中华人民共和国担保法》第17条规定："当事人在保证合同中约定，债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任的，为一般保证。一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，对债权人可以拒绝承担保证责任。"第18条规定："当事人在保证合同中约定保证人与债务人对债务承担连带责任的，为连带责任保证。连带责任保证的债务人在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务的，债权人可以要求债务人履行债务，也可以

要求保证人在其保证范围内承担保证责任。”但是本案具有特殊性，即中国银行、木材经营公司和物资总公司签订的保证合同中没有约定物资总公司作为保证人应当承担何种保证责任，那么物资总公司应当承担何种保证责任呢？对于没有明确约定保证的种类及应当承担何种责任的，《担保法》也给出了解决办法。《担保法》第19条规定：“当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照连带责任保证承担保证责任。”可见，本案中的物资总公司的保证属于连带责任保证。

本案中涉及的第二个问题就是物资总公司在借款主合同发生变更的情况下是否仍然需要承担保证责任。本案的事实是，借款期满后，中国银行与木材经营公司就延期支付余款与利息达成协议，且此事并没有告知物资总公司，当然更没有征得物资总公司的书面同意。中国银行与木材经营公司就延期支付余款与利息达成协议的行为属于债权人与债务人协议变更主合同的行为。假设双方达成协议的同时也征得了物资总公司的同意，那么物资总公司应当承担连带保证责任。但是双方达成协议时没有征得物资总公司的书面同意。

《担保法》第24条规定：“债权人与债务人协议变更主合同的，应当取得保证人书面同意，未经保证人书面同意的，保证人不再承担保证责任。保证合同另有约定的，按照约定”，最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（以下简称《担保法解释》）第30条规定：“保证期间，债权人与债务人对主合同数量、价款、币种、利率等内容作了变动，未经保证人同意的，如果减轻债务人的债务的，保证人仍应当对变更后的合同承担保证责任；如果加重债务人的债务的，保证人对加重的部分不承担保证责任。债权人与债务人对主合同履行期限作了变动，未经保证人书面同意的，保证期间为原合同约定的或者法律规定的期间。债权人与债务人协议变动主合同内容，但并未实际履行的，保证人仍应当承担保证责任。”

从上述规定来看，《担保法解释》对《担保法》的规定作了一定的修正，对于主合同履行期限进行了变动但未经保证人同意的情况，保证人仍需要承担保证责任，但是保证期间应当为原合同约定的保证期间，如果原合同没有约定的保证期间，就依照法律规定的保证期间。因此，结合上述事实情况，物资总公司仍然需要承担保证责任，但保证期限不会随主合同期限延长而延长，还按照原来的保证期限执行。

91. 超过保证合同约定的保证期限后，保证人是否需要承担保证责任？

【案情】

2005年8月18日，某银行支行（以下简称"支行"）与某制衣公司（以下简称"制衣公司"）签订了借款合同，合同约定借款本金为100万元，借款期限为2005年8月18日至2005年11月17日，期限为三个月，贷款利率为9.24‰。为保证所借款项顺利收回，支行同时与被告贸易公司签订了保证合同，贸易公司为该笔贷款提供连带保证，保证期间为借款到期后两年。合同签订后，支行发放了贷款100万元。

借款到期后，制衣公司未归还贷款本息，尚欠本金80万元，利息还至2005年11月6日止，其余利息未付。经支行多次催收，制衣公司仍未归还贷款本息，支行于2007年12月3日向法院提起诉讼，要求制衣公司归还借款本金及所欠利息，同时要求贸易公司承担连带保证责任。

【争鸣】

■原告支行提出，本行与第一被告制衣公司签订的借款合同为双方真实意思的表示，是合法有效的合同，合同中明确约定了借款金额、期限、利息等基本内容，制衣公司应当按照合同约定归还借款及利息。为了保证借款人制衣公司如期归还借款及利息，本行又与第二被告贸易公司签订了保证合同，贸易公司承担连带责任保证，因此贸

易公司应当承担连带责任保证。

■ 被告制衣公司提出，本公司目前资金紧张，无力归还借款及利息，希望延期付款。

■ 被告贸易公司提出，虽然本公司与支行之间签订了保证合同，但是保证合同中约定的保证期限为借款到期后两年，现已超过两年，因此本公司不应当再承担保证责任。



【律师点评】

本案涉及保证期间方面的问题，关键问题在于超过保证合同约定的保证期限后，保证人是否还需要承担保证责任。

保证期间是指根据当事人约定或者法律规定，债权人应当向保证人主张权利的期间，超过保证期间，债权人没有形式请求权的，保证人即免除保证责任。

保证期间的性质存在争论。《担保法》第25条规定："一般保证的保证人与债权人未约定保证期间的，保证期间为主债务履行期届满之日起六个月。在合同约定的保证期间和前款规定的保证期间，债权人未对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，保证人免除保证责任；债权人已提起诉讼或者申请仲裁的，保证期间适用诉讼时效中断的规定。"从上述规定来看，保证期间应当是诉讼时效。但是最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第31条规定："保证期间不因任何事由发生中断、中止、延长的法律后果。"根据该规定，则保证期间应当为除斥期间。现在通说认为，保证期间既不是诉讼时效也不是除斥期间，而是介于两者之间的特殊期间，既具有诉讼时效的某些特征也具有除斥期间的某些特征。具体而言，在连带责任保证时，使用保证期间为除斥期间的规定；在一般保证时，

债权人在保证期间内未提债权实现请求的，适用保证期间为除斥期间的规定，一旦债权人请求，即适用诉讼时效中断的规定。保证债务的诉讼时效的中止、中断和延长的规则规定于最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第36条，在一般保证中，主债务人诉讼时效中断的，保证债务诉讼时效中断；连带责任保证中，主债务诉讼时效中断，保证债务诉讼时效不中断；在一般保证和连带责任保证中，主债务诉讼时效中止的，保证债务的诉讼时效同时中止。

对于保证期间的计算问题，首先，如果当事人对保证期间有约定的，保证人应当按照约定的保证期间承担保证责任。其次，在当事人没有约定保证期间的情况下，保证期间的计算应当依据《担保法》第25条第1款和第26条第1款的规定。《担保法》第25条第1款规定："一般保证的保证人与债权人未约定保证期间的，保证期间为主债务履行期届满之日起六个月。第26条第1款规定："连带责任保证的保证人与债权人未约定保证期间的，债权人有权自主债务履行期届满之日起六个月内要求保证人承担保证责任。"可见，无论是一般保证还是连带责任保证，如果当事人没有特殊约定的，在主债务履行期满6个月内债权人不主张权利的，保证人都免除保证责任。主债务履行期满的时间首先应当依据主合同的约定进行判断，主合同没有约定或者约定不明的，从债权人要求债务人履行债务之日起算。

本案中，首先，支行与制衣公司、贸易公司之间的借款关系、保证关系事实清楚，借款合同、保证合同为有效合同，双方均应按合同条款主张合同权利和履行合同义务。制衣公司未按合同约定还本付息，依法应当承担违约责任。其次，在保证合同有效的情况下，且保证合同已经明确约定了保证期限，超过保证期限后，保证人可以依法不承担保证责任。《担保法》第26条规定："连带责任保证的保证人与债权人未约定保证期间的，债权人有权自主债务履行期届满之日起

六个月内要求保证人承担保证责任。在合同约定的保证期间和前款规定的保证期间，债权人未要求保证人承担保证责任的，保证人免除保证责任。”根据上述法律规定，本案债权人支行在保证合同约定的保证期间内，未向贸易公司主张权利，故贸易公司依法不承担本案民事责任。



92. 在借款保证合同中，未约定保证期间的，保证人应当如何承担保证责任？

【案情】

2003年1月27日，某进出口公司（以下简称“进出口公司”）与某银行（以下简称“银行”）签订《借款保证合同》，约定由进出口公司向银行借款500万元，借款期限自2003年1月27日至2004年1月26日，借款利率为年息4.779%，如进出口公司未按时付息，银行有权就未付利息加收复息，某投资有限公司（以下简称“投资公司”）为进出口公司500万元本金、利息及一切费用承担连带责任保证。

2003年2月1日，原告依照《借款保证合同》约定向进出口公司发放贷款500万元。后借款到期后，进出口公司未按约归还贷款本金及利息，银行经多次催款无效，遂于2004年9月3日向法院起诉，请求法院判决进出口公司偿还贷款本金及利息，投资公司承担连带还款责任。

【争鸣】

■原告银行提出，本行与被告进出口公司签订的《借款保证合同》为双方真实意思的表示，是合法有效的合同，合同中明确约定了借款金额、期限、利息等基本内容，进出口公司应当按照合同约定归还借款及利息。此外，合同中还约定了投资公司为进出口公司的债务承担担保责任，因此投资公司应当承担连带责任保证。

■被告投资公司提出，虽然本公司与银行之间签订了保证合同，但是保证合同中没有约定保证期间，依照法律规定，没有约定保证期间的，应当自主债务履行期满6个月内承担保证责任，现已超过6个月，因此本公司不应当再承担保证责任。



【律师点评】

本案涉及的是法定保证期间的问题。

保证期间可根据当事人是否约定，分为约定保证期间和法定保证期间。所谓约定保证期间，是指当事人之间协商一致，自行约定的保证期间。所谓法定保证期间，是指当事人没有对保证期间做出约定时，根据法律规定直接适用的保证期间。我国《担保法》第25条第1款规定："一般保证的保证人与债权人未约定保证期间的，保证期间为主债务履行期届满之日起六个月。"第26条第1款规定："连带责任保证的保证人与债权人未约定保证期间的，债权人有权自主债务履行期届满之日起六个月内要求保证人承担保证责任。"由此可见，我国《担保法》关于保证期间，以约定为原则，以法定为例外。一般保证和连带责任保证的法定期间都为主债务履行期届满之日起6个月。保证责任的法定期间，仅以当事人没有约定保证人承担保证责任的期间为条件，没有约定保证责任期间，应当包括当事人约定的保证责任期间不明确，或者当事人约定的保证责任期间没有意义等无法确定保证责任期间的各种情形。

保证期间的效力表现在：保证期间是保证人承担保证责任的起讫时间，保证人在保证期间内承担保证责任。由此可见，一般意义上，保证期间也就是保证责任有效存续的期间，此即保证期间的积极效力的方面。保证期间的效力还有其消极的一面，即在保证期间内发生一

定的事实，保证人的保证责任将因保证期间届满而被免除。对于一般保证来讲，保证期间消极效力的发生必须具备以下要件：一、保证期间经过；二、债权人在保证期间内未对债务人提起诉讼或申请仲裁。如果在保证期间内，债权人依法对债务人提起诉讼，或就其与债务人的纠纷申请仲裁机关仲裁，保证人的保证责任则不能免除。如果在保证期间内债权人仅对一般保证人主张权利，要求其承担保证责任，而不对债务人提起诉讼或申请仲裁，此时保证人是否得以免除保证责任？由于一般保证保证人有先诉抗辩权，债权人的上述主张将因保证人依法行使了先诉抗辩权而归于无效，债权人如仍不对债务人提起诉讼或申请仲裁，保证期间届满，保证人的保证责任则依法免除。但保证人放弃或怠于行使其先诉抗辩权，表示同意承担保证责任，则不能因保证期间届满而免除保证责任。对于连带责任保证来讲，如果债务人在保证期间内未要求保证人承担保证责任，则保证人免除保证责任，此即保证期间的消极效力。连带责任保证人无先诉抗辩权，主债务履行期届满，债权人既可以向债务人要求清偿，也可以向保证人要求承担保证责任，保证人与债务人在债务人没有履行主合同债务时，处于同等地位。一旦债权人在保证期间内依法要求保证人承担保证责任，保证期间即因未完成而失去意义，不发生重新计算的问题。此后，债权人对保证人的请求权直接适用诉讼时效的有关规定，即由诉讼时效期间取代保证期间。这里所说的"要求保证人承担保证责任"应理解为在保证期间内以书面形式、有证据证明的口头形式向保证人提出要求保证人承担保证责任，并不以提起诉讼或申请仲裁为必要。

本案中，原告银行与被告进出口公司之间的借款关系依法成立，双方均应按约履行。现被告进出口公司未按约支付原告贷款本金及利息，故应承担由此引起的违约责任。

被告投资公司公司承诺对被告进出口公司所欠本金、利息及一切费用承担连带责任，但未约定保证期间，根据《担保法》第26条的

规定，故原告应于主债务履行期限届满之日起6个月内向被告投资公司主张保证责任。现原告于2004年9月3日向法院起诉要求被告投资公司承担连带保证责任已超过保证期间，故原告银行的诉讼请求难以得到支持。

93. 在借款担保合同中，医院能否充当保证人？

【案情】

2003年3月18日，塑胶公司向某信用合作社（以下简称“信用合作社”）借款，双方签订借款担保合同，合同约定：贷款数额为90万元，借款利率为月5.8‰，借款期限为2003年3月18日到2004年3月17日，某医院（以下简称“医院”）（据了解该医院为私立医院）作为担保人对塑胶公司的借款承担连带责任保证。保证期限为自借款之日起至借款到期后两年，保证范围包括贷款本金、利息、违约金、损害赔偿金和贷款人实现债权的费用。

合同签订后5日内，信用合作社向塑胶公司支付贷款90万元，但还款期限届满，信用合作社多次向塑胶公司催要贷款，但塑胶公司均以各种理由表示无法还款，信用合作社遂向法院起诉，要求塑胶公司偿还借款90万元及利息，医院作为连带责任保证人应当承担连带还款责任。

【争鸣】

■ 原告信用合作社提出，本社与被告塑胶公司、医院签订借款担保合同，合同明确约定了贷款的各项条件，但是塑胶公司违反约定，不按时还款，我社有权要求其偿还借款本息，医院作为连带责任保证人，应当按照约定承担连带还款责任。

■ 被告塑胶公司提出，本公司目前经济困难，无法偿还信用合作社借款，请求信用合作社同意延期还款。

■被告医院提出，本院属于公益法人，不应当承担担保责任，本院与信用社、塑胶公司签订的借款担保合同中的担保条款应属无效。



【律师点评】

本案涉及的是医院等事业单位法人作为公益法人是否能够充当保证人。

事业单位法人是指从事非营利性的、社会各项公益事业的各类法人，如从事新闻、出版、广播、电视、电影、教育、文艺等事业的法人。以公益为目的的事业单位法人，如学校、幼儿园、医院等，不得充当保证人，公益法人为社会化公共利益而设立的，公益法人担任保证人与其设立宗旨不相符，其财产主要体现为固定资产，如学校教学大楼、学生宿舍等，医院医务大楼、各种医疗设施等，如允许其担任保证人，有可能变卖这些固定资产以及教育设施、医疗设施等来承担保证责任，这样势必影响教育工作、医疗工作等公益事业的进行。有人认为，随着教育、医疗体制改革的不断深入，私立学校、私立医院、私立幼儿园等将会不断增多，其设立的动机和直接目的，绝大多数是为了营利，应当允许这些单位法人、社会团体法人作保证人。但是，虽然这些私立单位旨在营利，但其客观效果上也起到了教书育人或救死扶伤或教育和照顾幼儿的作用，同样具有公益性，不应有充当保证人的资格。《担保法》第9条规定："学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体不得为保证人。"从担保法的该条规定来看，其并未区分"公立"和"私立"的因素，因此只要是公益法人，应当一律禁止其充当担保人。

本案中，信用合作社、塑胶公司和医院三方签订的借款担保合同

中关于借款部分的约定，系各方真实意思的表示，内容并不违反法律、法规的禁止性规定，应当属于有效，但是借款担保合同中约定的由医院充当保证人的条款因担保人医院系法律禁止的担保对象，故担保人的主体不符合法律规定，该保证条款无效，但保证条款无效，并不影响借款合同其他条款的有效性。塑胶公司未按照借款担保合同的约定偿还借款本息，已经构成违约，应依约承担还本付息及支付实现债权的费用。医院虽有营利的一面，但是其客观上仍然具有公益性质，是对病人进行救死扶伤的地方，而且《担保法》第9条的规定中并未区分"私立"和"公立"，因此医院虽然属于私立医院，但是根据《担保法》的规定仍然属于公益法人，不能成为保证人。借款担保合同中的保证人条款因此无效。对于保证人条款的无效，各方均有过错，因此应当按照各方的过错来承担责任。

大律师教你打官司

94. 在保证保险合同纠纷中，如何认定保证保险的性质和保险责任的承担方式？

【案情】

2002年3月，某银行与保险公司签订了一份住房消费贷款保险业务合作协议书（以下简称“保险协议书”）。协议书约定：银行为不能一次性向指定住房开发商支付贷款的购车人提供住房消费贷款，并督促购房人向保险公司办理住房消费贷款保证保险；购房人（投保人）如不能按期偿还贷款本息，保险公司承担连带还款责任；住房消费贷款保险实行10%的绝对免赔率。2002年7月，银行与柳海燕签订消费借款合同，合同约定：银行向柳海燕发放住房消费贷款10万元，借款期限自2002年7月15日起至2003年7月14日止，年利率为6.534%，按季还本付息18810.73元。若柳海燕不能按期足额还本付息时，银行有权提前收回已发放的贷款，并按规定对逾期的本金按每日1‰计收逾期利息。之后，银行与保险公司、柳海燕签订了分期还款消费贷款履约保险合同（以下简称“保险合同”）。该合同约定：柳海燕为投保人，保险公司为保险人，银行为被保险人，银行向柳海燕发放10万元住房消费贷款，柳海燕向保险公司购买分期还款履约保险等险种，若柳海燕连续六个月未履行合同规定的还款计划，保险公司负责向银行赔付柳海燕所欠所有未清偿贷款本息及逾期利息，保险金额为10000元，保险费2080元，保险费由柳海燕一次足额缴纳，保险期限为自2001年5月15日零时起至2003年11月15日零时止。合同还约定保险公司所承担的分期还款履约保险责任为不

可撤销的连带责任。合同签订后，银行依约发放了贷款，柳海燕于同日向银行出具了借款凭证，向保险公司支付了保险费。此后，柳海燕分三次偿还了银行的贷款本金57317元，利息4289元。从2002年6月起未履行还本付息的义务，保险公司亦未履行保险责任。截止到2003年7月15日，柳海燕尚欠银行本金42683元及利息3583元未付。银行要求柳海燕还清本息，但柳海燕因资金紧张，无法还款，便一直推脱不还，而保险公司认为柳海燕有偿还欠款的经济能力，因此拒绝承担连带责任。银行遂起诉至人民法院，请求法院判令柳海燕和保险公司偿还本金42683元和利息3583元，并支付违约金。

【争鸣】

■ 原告银行提出，保险协议书、借款合同、保险合同均系当事人之间的真实意示表示，且内容不违反相关法律、法规的强制性规定，因此应为合法有效的合同。在银行发放贷款后，柳海燕已连续六个月以上未履行还款义务，柳海燕的行为已构成违约，应承担相应的民事责任。同时，保险合同中已经约定当柳海燕连续六个月未履行合同规定的还款计划时，保险公司负责向银行赔付柳海燕所欠的所有未清偿贷款本息及逾期利息，所以，该保险合同的性质应为保证保险合同，柳海燕按期还本付息的义务即为该保险合同的标的，保险公司应依照约定承担相应的赔偿责任。

■ 被告保险公司提出，银行与柳海燕之间的借款合同以及银行与柳海燕和保险公司之间的保证保险合同系两个不同的法律关系，但借款合同的权利义务与保证保险合同的权利义务关系密切相关，保证保险合同是借款合同的从合同。银行向柳海燕发放贷款后，柳海燕已经连续六个月以上未履行还款义务，在这种情况下，首先应当由柳海燕承担返还欠款和本息的责任，在柳海燕无法承担责任时，银行才能

要求保险公司承担连带责任。



【律师点评】

保证保险合同是随商业信用的发展而出现的。目前，我国开办的保证保险业务范围小，涉及的险种也较少，主要有分期付款买卖保证保险、质量保证保险、住房消费贷款保证保险、汽车消费贷款保证保险等。由于我国保证保险业务的起步较晚，在个人消费信用制度尚未健全的市场环境下，保险公司的业务经验不足，风险防范能力差，加之理论界对保证保险的研究没有跟上，立法相对滞后，因而造成了大量的纠纷出现，出现纠纷较多的主要集中在分期付款买卖保证保险合同、汽车消费贷款保证保险合同、住房消费贷款保证保险合同等。在本案中，关键问题之一是如何认定保证保险的性质，即保证保险合同是独立合同还是主合同（借款合同）的从合同。银行与保险公司、柳海燕签订了保险合同，其中柳海燕为投保人，保险公司为保险人，银行为被保险人，保险公司承担的是保险责任。只要约定的保险事故发生，保险公司就应按被保险人的赔付请求承担赔偿责任，并且赔偿范围仅限于保险金额。保证保险合同作为财产保险合同的一种，既适用保险法的一般规定，也适用财产保险合同的有关规定。中国保险监督管理委员会《关于保证保险合同纠纷案的复函》（保监法〔1999〕16号）规定：保证保险是财产保险的一种，是指由作为保证人的保险人为作为被保证人的被保险人向权利人提供担保的一种形式，如果由于被保险人的作为或不作为不履行合同义务，致使权利人遭受经济损失，保险人向被保险人或受益人承担赔偿责任。保证保险是一种损害填补手段，而保证作为一种担保方式，则属于一种债权保障方法，因此保证保险合同能够独立存在。保证保险合同虽然要以被保险的合

同债权的存在为前提，但这只是有关当事人签订保证保险合同的动因，它的效力不受产生被保险债权的合同效力的影响。就本案而言，银行、保险公司和柳海燕签订的保险合同是带有保证性质的保险合同，即典型的保证保险合同。虽然借款合同的权利义务是保险人在保险合同中确定承保条件和保险标的的依据，但是这并不改变两者之间的独立关系和关联性，所以本案中涉及的借款合同和保险合同二者不具有主从性质。

《合同法》第8条规定："依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。依法成立的合同，受法律保护。"第44条规定："依法成立的合同，自成立时生效。法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。"第60条规定："当事人应当按照约定全面履行自己的义务。当事人应当遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。"在目前《保险法》尚未增加保证保险的规定情况下，保证保险合同既是合同的一种，也是财产保险合同之一，因此，涉及保证保险合同的签订、解除、违约责任等适用《合同法》的一般规定。在本案中，在银行与柳海燕签订消费借款合同后，银行与保险公司、柳海燕签订了分期还款消费贷款履约保险合同，该保证保险合同系当事人的真实意思表示，且内容不违反法律、法规的强制性规定，因此保证保险合同合法有效。在合同有效期内，保险公司应当按照合同约定承担保险责任。保险合同中曾将债务人柳海燕连续六个月未付款作为认定保险事故已经发生的条件，而事实上，柳海燕已连续一年以上未履行付款义务，因此应当认定保险事故已发生，保险公司应当及时履行赔付义务。另外，银行与保险公司签订保险协议书时，双方在协议书中约定了保险公司有10%的绝对免赔率，所以保险公司只应对柳海燕所欠贷款本息的90%承担赔偿责任。《民法通则》第89条第1款规定："依照法

律的规定或者按照当事人的约定，可以采用下列方式担保债务的履行：（一）保证人向债权人保证债务人履行债务，债务人不履行债务的，按照约定由保证人履行或者承担连带责任；保证人履行债务后，有权向债务人追偿。”在本案中，保险公司对柳海燕所欠银行的贷款本息承担了赔偿责任后，保险公司有权向债务人柳海燕追偿。



95. 借款人下落不明的，保证人能够行使先诉抗辩权？

【案情】

钟知行因经营服装生意需要流动资金，向某银行营业部（以下简称“营业部”）贷款，某啤酒公司为钟知行贷款提供保证，三方签订贷款保证合同，合同约定：钟知行向营业部贷款30万元，利率为7%，借款期限自2005年4月11日至2005年10月10日，啤酒公司自愿为该笔贷款提供一般保证，保证范围为该笔贷款的本金、利息及违约金。合同签订后，营业部按照约定向钟知行提供了30万贷款。2005年7月，因钟知行经营不善，投入的资金全部血本无归，钟知行后来也离开当地，杳无音信。2005年10月13日，营业部向法院提起诉讼，请求法院判决保证人啤酒公司承担保证责任，偿还贷款本金及利息。据查，钟知行在当地有一处房产，价值28万元。

【争鸣】

■原告营业部提出，本部与钟知行、啤酒公司签订的贷款保证合同意思表示真实，内容合法，啤酒公司提供的保证行为有效。钟知行于借款期限届满后未履行还款义务且下落不明，啤酒公司作为保证人应当承担保证责任。

■被告啤酒公司提出，本公司、钟知行与营业部签订的贷款保证合同中明确约定本公司为钟知行的借款提供一般保证责任，因此营业部应当先对钟知行进行起诉，只有当钟知行确实无力还款时，本公司才承担连带还款责任。



【律师点评】

本案涉及的是先诉抗辩权的问题。

所谓先诉抗辩权，是指一般保证人所享有的于债权人未就主债务人的财产强制执行而无效果前，对于债权人拒绝清偿保证债务的权利。首先，先诉抗辩权仅是一般保证人所享有的，以保证合同有效为前提的权利。连带保证人在主债务人与履行期限届满后不履行债务时，即应当承担连带责任，因此不存在先诉抗辩权；同时，保证合同如果无效，也就不存在先诉抗辩权，因为保证合同无效，保证人即没有保证责任，因而也就没有必要赋予保证人先诉抗辩权。其次，先诉抗辩权是一种防御性的、延缓性的抗辩权。一般保证人不能自发行使先诉抗辩权而只有在债权人请求其承担保证责任时，才可以用此种权利对抗债权人的要求承担保证责任的请求权。先诉抗辩权并不发生在实质上否认债权人请求权的效果，而仅仅能延缓债权人的请求权，当债权人已对主合同纠纷进行了审判或仲裁并就债务人的财产进行了强制执行，仍有不能偿还的债权，保证人仍然应当承担责任。最后，先诉抗辩权的内容是指在主合同未经审判或者仲裁并就主债务人的财产强制执行前，一般保证人得以拒绝债权人请求其承担保证责任的权利。先诉抗辩权得以对抗债权人包括两个条件，一是主合同未经审判或者仲裁，二是未就主债务人的财产强制执行，只要满足以上的任何一个条件，一般保证人都可以用先诉抗辩权对抗债权人。

以上是先诉抗辩权的一般行使规则，但是先诉抗辩权的行使也有例外。我国《担保法》第 17 条规定："当事人在保证合同中约定，债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任的，为一般保证。一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，对债权人可以拒绝承担保证责任。有

下列情形之一的，保证人不得行使前款规定的权利：（一）债务人住所变更，致使债权人要求其履行债务发生重大困难的；（二）人民法院受理债务人破产案件，中止执行程序的；（三）保证人以书面形式放弃前款规定的权利的。”最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第25条规定：“担保法第十七条第三款第（一）项规定的债权人要求债务人履行债务发生的重大困难情形，包括债务人下落不明、移居境外，且无财产可供执行。”

根据上述规定，债务人为公民时，在同时满足三个条件的情况下不能行使先诉抗辩权，即债务人要有下落不明、移居境外或者住所变更等事实发生；债务人没有财产可供执行；由于以上原因导致了债权人要求债务人履行债务发生重大困难。不满足其中任何一个条件则不得排除保证人的先诉抗辩权。债务人为法人的，当其进入破产程序中止执行程序时，保证人先诉抗辩权丧失，此处的破产程序一般认为是只要债务人进入程序性破产即只要法院受理了债务人破产案件的，保证人即丧失了先诉抗辩权。

本案中，贷款保证合同各方当事人意思表示真实、内容合法，啤酒公司提供保证的行为有效，为一般保证人。合同到期后，钟知行应当履行还款义务。虽然钟知行下落不明，但是其有一处价值28万元的房产有可供执行的财产，在借款保证合同未经审判并经强制执行钟知行的财产前，啤酒公司有拒绝营业部请求其承担保证人的权利。

96. 借款保证合同中，对保证责任范围没有约定的，保证人应当在什么范围内承担责任?

【案情】

李英奇和程健冰是朋友关系，程健冰和曾治中是朋友关系，李英奇是个体工商户，因资金周转问题希望借款15万元，经程健冰介绍向曾治中借款。曾治中同意借款，但是邀请程健冰作保证人。2003年7月9日，三方签订了借款保证合同，合同约定：李英奇因资金周转向曾治中借款15万元，期限1年，月利率为11‰，李英奇如果迟延还款超过7天，则应当支付违约金5000元。程健冰提供一般保证。合同签订后，曾治中按照约定向李英奇提供借款15万元。

借款保证合同到期后，李英奇没有按照约定偿还贷款，经曾治中多次联络，无法找到李英奇，于是曾治中向法院起诉，要求保证人程健冰承担保证责任，保证范围为借款本金15万元，利息2.4万元，违约金5000元，催讨借款的费用1000元。

【争鸣】

■原告曾治中提出，本人与李英奇、程健冰签订借款保证合同，合同约定程健冰为李英奇提供担保，现李英奇未按照约定偿还借款，同时杳无音信，程健冰作为保证人应当承担保证责任，即偿还借款本金15万元，利息2.4万元，违约金5000元，催讨借款的费用1000元。

■被告程健冰提出，本人可以承担保证责任，但是本人只同意

对借款本金及利息承担责任，其他金额不应当属于保证责任的范围。



【律师点评】

本案涉及的是保证责任范围的问题。

保证责任是保证人保证合同所负担的义务，保证责任的范围是指保证行为效力所及的范围，分为有限保证和无限保证。有限保证是指保证人仅对保证合同中约定的低于主债务人的全部债务的部分债务承担保证责任的保证。有限保证只能是约定的保证，即优先保证的依据只能是当事人之间的保证合同中的约定，同时，该约定的范围必须小于主债务人的全部债务。实践中一般如当事人约定保证人仅对主债务的本金承担保证责任等。无限保证责任是指保证人对主债务人的全部债务的清偿负保证责任的保证。无限保证可以由当事人之间的约定，也可以依法律规定承担，同时，无限保证的范围对于特定的主债务是特定的，即为债务人的全部债务。我国《担保法》第21条规定："保证担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。保证合同另有约定的，按照约定。当事人对保证担保的范围没有约定或者约定不明确的，保证人应当对全部债务承担责任。"根据上述规定，保证合同另有约定的，指的是有限保证，无限保证的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。

主债权是于保证合同成立时，债权人对主债务人所享有的债权。相应地，保证人应对保证合同订立时主债务人所负担的主债务承担保证责任。保证合同订立后，主债务人的主债务发生变更的，主债务范围变小的，保证人的保证范围当然变小；主债务范围变大的，除经保证人同意的，保证人对变大的部分不承担保证责任。利息是主债权产生的孳息，属于从债务，包括约定利息和法定利息，对于约定利息，

保证人当然应当承担保证责任，但是同样的，如果未经保证人同意的加重债务人债务的利息的约定对于保证人无效，保证人只需承担原来约定的债务利息即可。违约金是指债权人与债务人约定的或者法律规定的于债务人违约时应当付给债权人的款项，属于从债务。我国《合同法》第114条规定："当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。约定的违约金低于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。"可见，在迟延履行主债务的情况下，违约金与履行债务是并行的，债务人在迟延履行的情况下，除了支付违约金外，还应当继续履行债务。可见，违约金是由于主债务衍生的从债务，属于保证的范围。实现债权的费用是指债权人未实现债权而支付的费用，一般包括诉讼费用、通知费用、催告费用等其他合理的支出，是主债务的必要负担，个人提供保证时可以预见到的，因此应当属于保证责任的范围。

本案中，李英奇、程健冰和曾治中三方签订借款保证合同，意思表示真实，内容合法，应依法认定为有效；保证合同中保证范围约定不明，应当认定保证范围为借款本金、利息、违约金、损害赔偿金、实现债权的费用，程健冰在借款保证合同上以保证人的身份签字后，就应当认定其愿意承担保证责任，因此对于本案中发生的借款本金、利息、违约金和实现债权的费用，程健冰都应当承担保证责任。

97. 连带共同保证人一人或数人承担保证责任后要求其他保证人清偿其应承担的份额，其他保证人能否以保证期间届满为由行使抗辩权？

【案情】

2000年9月13日，运输公司通过签订借款合同向某银行借款100万元，借款期限一年，维修公司、装修公司、旅游公司共同为该笔借款提供连带责任担保，保证期间均为合同生效之日起至借款合同履行期限届满之日后一年止。借款期限届满后，运输公司仅支付部分本金和2002年3月21日前的利息，后因运输公司经营困难，某银行追索未果，遂于2002年底起诉维修公司、装修公司清偿某银行未受偿部分的借款本金和利息，法院经审理查明后判决装修公司清偿某银行未受偿部分的借款本金和利息，维修公司已按判决承担了保证责任，共支付借款本息和其他费用共计591228.6元。后维修公司起诉至法院，要求旅游公司支付维修公司代为偿还的借款本息以及各项费用的1/3。

【争鸣】

■原告维修公司提出，债权人有权向共同保证人中的任何一人主张权利，债权人要求保证人承担保证责任的行为，其效力及于所有的保证人。虽然某银行在借款合同纠纷中未起诉旅游公司，但起诉的效力及于旅游公司，旅游公司的保证责任不能免除，维修公司有权向其行使追偿权。

■ 被告旅游公司提出，尽管维修公司、装修公司、旅游公司共同为该笔借款提供连带责任担保，但是在保证期间内，某银行未向旅游公司主张过权利，因此，旅游公司的保证责任就已经免除。



【律师点评】

本案的焦点问题是连带共同保证人一人或数人承担保证责任后要求其他保证人清偿其应承担的份额，其他保证人能否以保证期间届满为由行使抗辩权?《担保法》第12条规定：“同一债务有两个以上保证人的，保证人应当按照保证合同约定的保证份额，承担保证责任，没有约定保证份额的，保证人承担连带责任，债权人可以要求任何一个保证人承担全部保证责任，保证人都负有担保全部债权实现的义务。已经承担保证责任的保证人，有权向债务人追偿，或者要求承担连带责任的其他保证人清偿其应当承担的份额。”最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第20条规定：“连带共同保证的债务人在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务的，债权人可以要求债务人履行债务，也可以要求任何一个保证人承担全部保证责任。连带共同保证的保证人承担保证责任后，向债务人不能追偿的部分，由各连带保证人按其内部约定的比例分担。没有约定的，平均分担。”债权人应当在保证期间内要求保证人承担保证责任，否则保证人免除保证责任。本案中，某银行的确未在保证期间内向旅游公司主张权利，那么是否旅游公司的保证责任已经予以免除？本案的担保为连带责任保证，乙、丙、旅游公司为共同保证人，在债务人不履行债务时，债权人有权向任何一个保证人主张权利，任何一个保证人应对全部债务承担保证责任，维修公司承担了保证责任，也从而免除了装修公司和旅游公司的保证责任，但装修公司和旅

游公司不能因此而将全部的担保风险转嫁给已承担保证责任的维修公司，故维修公司有权行使追偿权，要求装修公司或者旅游公司清偿其应当承担的份额。该追偿权是基于连带债务关系产生的，该权利的产生是以该保证人向债权人履行了保证责任为前提的，这与债权人向保证人主张权利是两种完全不同的权利，保证人不能以其与债权人的约定的保证期间对抗其他保证人。

最高人民法院在《关于已承担保证责任的保证人向其他保证人行使追偿权问题的批复》中规定，根据《担保法》第 12 条的规定，承担连带责任保证的保证人一人或数人承担保证责任后，有权要求其他保证人清偿应当承担的份额，不受债权人是否在保证责任期间内向未承担保证责任的保证人主张保证责任的影响。所以，本案的旅游公司应承担其应承担的份额。

通过分析本案，我们应当提醒的是保证人在为债务人的标的额较大的债务提供担保时应注意担保风险，保证人可以要求债务人多提供几个担保人，来分化担保风险，保护自己的合法权利。在存在数个保证人的情况下，保证人独自承担了保证责任时，既取得了对债务人的追偿权，也取得了向其他保证人或者担保人要求承担担保份额的权利，此时应先行向其他保证人主张权利，而不是先向债务人行使追偿权。因为一般来讲，债务人在经营状况良好、有还款能力的情况下都会向债权人（尤其是银行等金融机构）履行还款义务，故保证人在承担保证责任后即便向债务人主张权利，债务人一般也存在履行不能的情况下，甚至有些债务人因此申请破产清算，不仅保证人的追偿权极有困难无法实现，还有可能造成对其他保证人追偿权在诉讼时效上的灭失，故保证人在承担独自保证责任后，应及时向其他共同保证人行使追偿权，才可能减少自己承担全部保证责任的风险，保护自己的合法权利。

附　录

中华人民共和国物权法（节录）

第四编　担保物权

第十五章　一般规定

第一百七十条　担保物权人在债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，依法享有就担保财产优先受偿的权利，但法律另有规定的除外。

第一百七十一条　债权人在借贷、买卖等民事活动中，为保障实现其债权，需要担保的，可以依照本法和其他法律的规定设立担保物权。

第三人为债务人向债权人提供担保的，可以要求债务人提供反担保。反担保适用本法和其他法律的规定。

第一百七十二条　设立担保物权，应当依照本法和其他法律的规定订立担保合同。担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效，担保合同无效，但法律另有规定的除外。

担保合同被确认无效后，债务人、担保人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任。

第一百七十三条　担保物权的担保范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用。当事人另有约定的，按照约定。

第一百七十四条 担保期间，担保财产毁损、灭失或者被征收等，担保物权人可以就获得的保险金、赔偿金或者补偿金等优先受偿。被担保债权的履行期未届满的，也可以提存该保险金、赔偿金或者补偿金等。

第一百七十五条 第三人提供担保，未经其书面同意，债权人允许债务人转移全部或者部分债务的，担保人不再承担相应的担保责任。

第一百七十六条 被担保的债权既有物的担保又有人的担保的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，债权人应当按照约定实现债权；没有约定或者约定不明确，债务人自己提供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权；第三人提供物的担保的，债权人可以就物的担保实现债权，也可以要求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后，有权向债务人追偿。

第一百七十七条 有下列情形之一的，担保物权消灭：

（一）主债权消灭；

（二）担保物权实现；

（三）债权人放弃担保物权；

（四）法律规定担保物权消灭的其他情形。

第一百七十八条 担保法与本法的规定不一致的，适用本法。

第十六章　抵押权

第一节　一般抵押权

第一百七十九条 为担保债务的履行，债务人或者第三人不转移财产的占有，将该财产抵押给债权人的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，债权人有权就该财产优先受偿。

前款规定的债务人或者第三人为抵押人，债权人为抵押权人，提供担保的财产为抵押财产。

第一百八十条 债务人或者第三人有权处分的下列财产可以抵押：

（一）建筑物和其他土地附着物；

（二）建设用地使用权；

（三）以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等土地承包经营权；

（四）生产设备、原材料、半成品、产品；

（五）正在建造的建筑物、船舶、航空器；

（六）交通运输工具；

（七）法律、行政法规未禁止抵押的其他财产。

抵押人可以将前款所列财产一并抵押。

第一百八十一条 经当事人书面协议，企业、个体工商户、农业生产经营者可以将现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品抵押，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，债权人有权就实现抵押权时的动产优先受偿。

第一百八十二条 以建筑物抵押的，该建筑物占用范围内的建设用地使用权一并抵押。以建设用地使用权抵押的，该土地上的建筑物一并抵押。

抵押人未依照前款规定一并抵押的，未抵押的财产视为一并抵押。

第一百八十三条 乡镇、村企业的建设用地使用权不得单独抵押。以乡镇、村企业的厂房等建筑物抵押的，其占用范围内的建设用地使用权一并抵押。

第一百八十四条 下列财产不得抵押：

（一）土地所有权；

（二）耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权，但法律规定可以抵押的除外；

（三）学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施；

（四）所有权、使用权不明或者有争议的财产；

（五）依法被查封、扣押、监管的财产；

（六）法律、行政法规规定不得抵押的其他财产。

第一百八十五条 设立抵押权，当事人应当采取书面形式订立抵押合同。

抵押合同一般包括下列条款：

（一）被担保债权的种类和数额；

（二）债务人履行债务的期限；

（三）抵押财产的名称、数量、质量、状况、所在地、所有权归属或者使用权归属；

（四）担保的范围。

第一百八十六条 抵押权人在债务履行期届满前，不得与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有。

第一百八十七条 以本法第一百八十条第一款第一项至第三项规定的财产或者第五项规定的正在建造的建筑物抵押的，应当办理抵押登记。抵押权自登记时设立。

第一百八十八条 以本法第一百八十条第一款第四项、第六项规定的财产或者第五项规定的正在建造的船舶、航空器抵押的，抵押权自抵押合同生效时设立；未经登记，不得对抗善意第三人。

第一百八十九条 企业、个体工商户、农业生产经营者以本法第一百八十一条规定的动产抵押的，应当向抵押人住所地的工商行政管

理部门办理登记。抵押权自抵押合同生效时设立；未经登记，不得对抗善意第三人。

依照本法第一百八十一条规定抵押的，不得对抗正常经营活动中已支付合理价款并取得抵押财产的买受人。

第一百九十条 订立抵押合同前抵押财产已出租的，原租赁关系不受该抵押权的影响。抵押权设立后抵押财产出租的，该租赁关系不得对抗已登记的抵押权。

第一百九十一条 抵押期间，抵押人经抵押权人同意转让抵押财产的，应当将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。转让的价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。

抵押期间，抵押人未经抵押权人同意，不得转让抵押财产，但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外。

第一百九十二条 抵押权不得与债权分离而单独转让或者作为其他债权的担保。债权转让的，担保该债权的抵押权一并转让，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

第一百九十三条 抵押人的行为足以使抵押财产价值减少的，抵押权人有权要求抵押人停止其行为。抵押财产价值减少的，抵押权人有权要求恢复抵押财产的价值，或者提供与减少的价值相应的担保。抵押人不恢复抵押财产的价值也不提供担保的，抵押权人有权要求债务人提前清偿债务。

第一百九十四条 抵押权人可以放弃抵押权或者抵押权的顺位。抵押权人与抵押人可以协议变更抵押权顺位以及被担保的债权数额等内容，但抵押权的变更，未经其他抵押权人书面同意，不得对其他抵押权人产生不利影响。

债务人以自己的财产设定抵押，抵押权人放弃该抵押权、抵押权顺位或者变更抵押权的，其他担保人在抵押权人丧失优先受偿权益的

范围内免除担保责任，但其他担保人承诺仍然提供担保的除外。

第一百九十五条 债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，抵押权人可以与抵押人协议以抵押财产折价或者以拍卖、变卖该抵押财产所得的价款优先受偿。协议损害其他债权人利益的，其他债权人可以在知道或者应当知道撤销事由之日起一年内请求人民法院撤销该协议。

抵押权人与抵押人未就抵押权实现方式达成协议的，抵押权人可以请求人民法院拍卖、变卖抵押财产。

抵押财产折价或者变卖的，应当参照市场价格。

第一百九十六条 依照本法第一百八十一条规定设定抵押的，抵押财产自下列情形之一发生时确定：

（一）债务履行期届满，债权未实现；

（二）抵押人被宣告破产或者被撤销；

（三）当事人约定的实现抵押权的情形；

（四）严重影响债权实现的其他情形。

第一百九十七条 债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，致使抵押财产被人民法院依法扣押的，自扣押之日起抵押权人有权收取该抵押财产的天然孳息或者法定孳息，但抵押权人未通知应当清偿法定孳息的义务人的除外。

前款规定的孳息应当先充抵收取孳息的费用。

第一百九十八条 抵押财产折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。

第一百九十九条 同一财产向两个以上债权人抵押的，拍卖、变卖抵押财产所得的价款依照下列规定清偿：

（一）抵押权已登记的，按照登记的先后顺序清偿；顺序相同的，按照债权比例清偿；

（二）抵押权已登记的先于未登记的受偿；

（三）抵押权未登记的，按照债权比例清偿。

第二百条 建设用地使用权抵押后，该土地上新增的建筑物不属于抵押财产。该建设用地使用权实现抵押权时，应当将该土地上新增的建筑物与建设用地使用权一并处分，但新增建筑物所得的价款，抵押权人无权优先受偿。

第二百零一条 依照本法第一百八十条第一款第三项规定的土地承包经营权抵押的，或者依照本法第一百八十三条规定以乡镇、村企业的厂房等建筑物占用范围内的建设用地使用权一并抵押的，实现抵押权后，未经法定程序，不得改变土地所有权的性质和土地用途。

第二百零二条 抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权；未行使的，人民法院不予保护。

第二节 最高额抵押权

第二百零三条 为担保债务的履行，债务人或者第三人对一定期间内将要连续发生的债权提供担保财产的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，抵押权人有权在最高债权额限度内就该担保财产优先受偿。

最高额抵押权设立前已经存在的债权，经当事人同意，可以转入最高额抵押担保的债权范围。

第二百零四条 最高额抵押担保的债权确定前，部分债权转让的，最高额抵押权不得转让，但当事人另有约定的除外。

第二百零五条 最高额抵押担保的债权确定前，抵押权人与抵押人可以通过协议变更债权确定的期间、债权范围以及最高债权额，但变更的内容不得对其他抵押权人产生不利影响。

第二百零六条 有下列情形之一的，抵押权人的债权确定：

（一）约定的债权确定期间届满；

（二）没有约定债权确定期间或者约定不明确，抵押权人或者抵押人自最高额抵押权设立之日起满二年后请求确定债权；

（三）新的债权不可能发生；

（四）抵押财产被查封、扣押；

（五）债务人、抵押人被宣告破产或者被撤销；

（六）法律规定债权确定的其他情形。

第二百零七条 最高额抵押权除适用本节规定外，适用本章第一节一般抵押权的规定。

第十七章 质权

第一节 动产质权

第二百零八条 为担保债务的履行，债务人或者第三人将其动产出质给债权人占有的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现质权的情形，债权人有权就该动产优先受偿。

前款规定的债务人或者第三人为出质人，债权人为质权人，交付的动产为质押财产。

第二百零九条 法律、行政法规禁止转让的动产不得出质。

第二百一十条 设立质权，当事人应当采取书面形式订立质权合同。

质权合同一般包括下列条款：

（一）被担保债权的种类和数额；

（二）债务人履行债务的期限；

（三）质押财产的名称、数量、质量、状况；

（四）担保的范围；

（五）质押财产交付的时间。

第二百一十一条 质权人在债务履行期届满前，不得与出质人约定债务人不履行到期债务时质押财产归债权人所有。

第二百一十二条 质权自出质人交付质押财产时设立。

第二百一十三条 质权人有权收取质押财产的孳息，但合同另有

约定的除外。

前款规定的孳息应当先充抵收取孳息的费用。

第二百一十四条 质权人在质权存续期间，未经出质人同意，擅自使用、处分质押财产，给出质人造成损害的，应当承担赔偿责任。

第二百一十五条 质权人负有妥善保管质押财产的义务；因保管不善致使质押财产毁损、灭失的，应当承担赔偿责任。

质权人的行为可能使质押财产毁损、灭失的，出质人可以要求质权人将质押财产提存，或者要求提前清偿债务并返还质押财产。

第二百一十六条 因不能归责于质权人的事由可能使质押财产毁损或者价值明显减少，足以危害质权人权利的，质权人有权要求出质人提供相应的担保；出质人不提供的，质权人可以拍卖、变卖质押财产，并与出质人通过协议将拍卖、变卖所得的价款提前清偿债务或者提存。

第二百一十七条 质权人在质权存续期间，未经出质人同意转质，造成质押财产毁损、灭失的，应当向出质人承担赔偿责任。

第二百一十八条 质权人可以放弃质权。债务人以自己的财产出质，质权人放弃该质权的，其他担保人在质权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任，但其他担保人承诺仍然提供担保的除外。

第二百一十九条 债务人履行债务或者出质人提前清偿所担保的债权的，质权人应当返还质押财产。

债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现质权的情形，质权人可以与出质人协议以质押财产折价，也可以就拍卖、变卖质押财产所得的价款优先受偿。

质押财产折价或者变卖的，应当参照市场价格。

第二百二十条 出质人可以请求质权人在债务履行期届满后及时行使质权；质权人不行使的，出质人可以请求人民法院拍卖、变卖质押财产。

出质人请求质权人及时行使质权，因质权人怠于行使权利造成损害的，由质权人承担赔偿责任。

第二百二十一条 质押财产折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归出质人所有，不足部分由债务人清偿。

第二百二十二条 出质人与质权人可以协议设立最高额质权。

最高额质权除适用本节有关规定外，参照本法第十六章第二节最高额抵押权的规定。

第二节 权利质权

第二百二十三条 债务人或者第三人有权处分的下列权利可以出质：

（一）汇票、支票、本票；

（二）债券、存款单；

（三）仓单、提单；

（四）可以转让的基金份额、股权；

（五）可以转让的注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权；

（六）应收账款；

（七）法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利。

第二百二十四条 以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的，当事人应当订立书面合同。质权自权利凭证交付质权人时设立；没有权利凭证的，质权自有关部门办理出质登记时设立。

第二百二十五条 汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单的兑现日期或者提货日期先于主债权到期的，质权人可以兑现或者提货，并与出质人协议将兑现的价款或者提取的货物提前清偿债务或者提存。

第二百二十六条 以基金份额、股权出质的，当事人应当订立书面合同。以基金份额、证券登记结算机构登记的股权出质的，质权自

证券登记结算机构办理出质登记时设立；以其他股权出质的，质权自工商行政管理部门办理出质登记时设立。

基金份额、股权出质后，不得转让，但经出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让基金份额、股权所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。

第二百二十七条 以注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权出质的，当事人应当订立书面合同。质权自有关主管部门办理出质登记时设立。

知识产权中的财产权出质后，出质人不得转让或者许可他人使用，但经出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让或者许可他人使用出质的知识产权中的财产权所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。

第二百二十八条 以应收账款出质的，当事人应当订立书面合同。质权自信贷征信机构办理出质登记时设立。

应收账款出质后，不得转让，但经出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让应收账款所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。

第二百二十九条 权利质权除适用本节规定外，适用本章第一节动产质权的规定。

第十八章　留置权

第二百三十条 债务人不履行到期债务，债权人可以留置已经合法占有的债务人的动产，并有权就该动产优先受偿。

前款规定的债权人为留置权人，占有的动产为留置财产。

第二百三十一条 债权人留置的动产，应当与债权属于同一法律关系，但企业之间留置的除外。

第二百三十二条 法律规定或者当事人约定不得留置的动产，不

得留置。

第二百三十三条 留置财产为可分物的，留置财产的价值应当相当于债务的金额。

第二百三十四条 留置权人负有妥善保管留置财产的义务；因保管不善致使留置财产毁损、灭失的，应当承担赔偿责任。

第二百三十五条 留置权人有权收取留置财产的孳息。

前款规定的孳息应当先充抵收取孳息的费用。

第二百三十六条 留置权人与债务人应当约定留置财产后的债务履行期间；没有约定或者约定不明确的，留置权人应当给债务人两个月以上履行债务的期间，但鲜活易腐等不易保管的动产除外。债务人逾期未履行的，留置权人可以与债务人协议以留置财产折价，也可以就拍卖、变卖留置财产所得的价款优先受偿。

留置财产折价或者变卖的，应当参照市场价格。

第二百三十七条 债务人可以请求留置权人在债务履行期届满后行使留置权；留置权人不行使的，债务人可以请求人民法院拍卖、变卖留置财产。

第二百三十八条 留置财产折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归债务人所有，不足部分由债务人清偿。

第二百三十九条 同一动产上已设立抵押权或者质权，该动产又被留置的，留置权人优先受偿。

第二百四十条 留置权人对留置财产丧失占有或者留置权人接受债务人另行提供担保的，留置权消灭。

中华人民共和国合同法（节录）

……

第二章　合同的订立

第九条　当事人订立合同，应当具有相应的民事权利能力和民事行为能力。

当事人依法可以委托代理人订立合同。

第十条　当事人订立合同，有书面形式、口头形式和其他形式。

法律、行政法规规定采用书面形式的，应当采用书面形式。当事人约定采用书面形式的，应当采用书面形式。

第十一条　书面形式是指合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式。

第十二条　合同的内容由当事人约定，一般包括以下条款：

（一）当事人的名称或者姓名和住所；

（二）标的；

（三）数量；

（四）质量；

（五）价款或者报酬；

（六）履行期限、地点和方式；

（七）违约责任；

（八）解决争议的方法。

当事人可以参照各类合同的示范文本订立合同。

第十三条 当事人订立合同，采取要约、承诺方式。

第十四条 要约是希望和他人订立合同的意思表示，该意思表示应当符合下列规定：

（一）内容具体确定；

（二）表明经受要约人承诺，要约人即受该意思表示约束。

第十五条 要约邀请是希望他人向自己发出要约的意思表示。寄送的价目表、拍卖公告、招标公告、招股说明书、商业广告等为要约邀请。

商业广告的内容符合要约规定的，视为要约。

第十六条 要约到达受要约人时生效。

采用数据电文形式订立合同，收件人指定特定系统接收数据电文的，该数据电文进入该特定系统的时间，视为到达时间；未指定特定系统的，该数据电文进入收件人的任何系统的首次时间，视为到达时间。

第十七条 要约可以撤回。撤回要约的通知应当在要约到达受要约人之前或者与要约同时到达受要约人。

第十八条 要约可以撤销。撤销要约的通知应当在受要约人发出承诺通知之前到达受要约人。

第十九条 有下列情形之一的，要约不得撤销：

（一）要约人确定了承诺期限或者以其他形式明示要约不可撤销；

（二）受要约人有理由认为要约是不可撤销的，并已经为履行合同作了准备工作。

第二十条 有下列情形之一的，要约失效：

（一）拒绝要约的通知到达要约人；

（二）要约人依法撤销要约；

（三）承诺期限届满，受要约人未作出承诺；

（四）受要约人对要约的内容作出实质性变更。

第二十一条 承诺是受要约人同意要约的意思表示。

第二十二条 承诺应当以通知的方式作出，但根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除外。

第二十三条 承诺应当在要约确定的期限内到达要约人。

要约没有确定承诺期限的，承诺应当依照下列规定到达：

（一）要约以对话方式作出的，应当即时作出承诺，但当事人另有约定的除外；

（二）要约以非对话方式作出的，承诺应当在合理期限内到达。

第二十四条 要约以信件或者电报作出的，承诺期限自信件载明的日期或者电报交发之日开始计算。信件未载明日期的，自投寄该信件的邮戳日期开始计算。要约以电话、传真等快速通讯方式作出的，承诺期限自要约到达受要约人时开始计算。

第二十五条 承诺生效时合同成立。

第二十六条 承诺通知到达要约人时生效。承诺不需要通知的，根据交易习惯或者要约的要求作出承诺的行为时生效。

采用数据电文形式订立合同的，承诺到达的时间适用本法第十六条第二款的规定。

第二十七条 承诺可以撤回。撤回承诺的通知应当在承诺通知到达要约人之前或者与承诺通知同时到达要约人。

第二十八条 受要约人超过承诺期限发出承诺的，除要约人及时通知受要约人该承诺有效的以外，为新要约。

第二十九条 受要约人在承诺期限内发出承诺，按照通常情形能够及时到达要约人，但因其他原因承诺到达要约人时超过承诺期限的，除要约人及时通知受要约人因承诺超过期限不接受该承诺的以外，该承诺有效。

第三十条 承诺的内容应当与要约的内容一致。受要约人对要约

的内容作出实质性变更的，为新要约。有关合同标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等的变更，是对要约内容的实质性变更。

第三十一条 承诺对要约的内容作出非实质性变更的，除要约人及时表示反对或者要约表明承诺不得对要约的内容作出任何变更的以外，该承诺有效，合同的内容以承诺的内容为准。

第三十二条 当事人采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立。

第三十三条 当事人采用信件、数据电文等形式订立合同的，可以在合同成立之前要求签订确认书。签订确认书时合同成立。

第三十四条 承诺生效的地点为合同成立的地点。

采用数据电文形式订立合同的，收件人的主营业地为合同成立的地点；没有主营业地的，其经常居住地为合同成立的地点。当事人另有约定的，按照其约定。

第三十五条 当事人采用合同书形式订立合同的，双方当事人签字或者盖章的地点为合同成立的地点。

第三十六条 法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。

第三十七条 采用合同书形式订立合同，在签字或者盖章之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。

第三十八条 国家根据需要下达指令性任务或者国家订货任务的，有关法人、其他组织之间应当依照有关法律、行政法规规定的权利和义务订立合同。

第三十九条 采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款

予以说明。

格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。

第四十条 格式条款具有本法 第五十二条和 第五十三条规定情形的，或者提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。

第四十一条 对格式条款的理解发生争议的，应当按通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格条 式款不一致的，应当采用非格式条款。

第四十二条 当事人在订立合同过程中有下列情形之一，给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任：

（一）假借订立合同，恶意进行磋商；

（二）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；

（三）有其他违背诚实信用原则的行为。

第四十三条 当事人在订立合同过程中知悉的商业秘密，无论合同是否成立，不得泄露或者不正当地使用。泄露或者不正当地使用该商业秘密给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任。

……

第七章 违约责任

第一百零七条 当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。

第一百零八条 当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行合同义务的，对方可以在履行期限届满之前要求其承担违约责任。

第一百零九条 当事人一方未支付价款或者报酬的，对方可以要

求其支付价款或者报酬。

第一百一十条 当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以要求履行，但有下列情形之一的除外：

（一）法律上或者事实上不能履行；

（二）债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；

（三）债权人在合理期限内未要求履行。

第一百一十一条 质量不符合约定的，应当按照当事人的约定承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明确，依照本法 第六十一条的规定仍不能确定的，受损害方根据标的的性质以及损失的大小，可以合理选择要求对方承担修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬等违约责任。

第一百一十二条 当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，在履行义务或者采取补救措施后，对方还有其他损失的，应当赔偿损失。

第一百一十三条 当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。

经营者对消费者提供商品或者服务有欺诈行为的，依照《中华人民共和国消费者权益保护法》的规定承担损害赔偿责任。

第一百一十四条 当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。

约定的违约金低于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。

当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当

履行债务。

第一百一十五条 当事人可以依照《中华人民共和国担保法》约定一方向对方给付定金作为债权的担保。债务人履行债务后，定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行约定的债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定的债务的，应当双倍返还定金。

第一百一十六条 当事人既约定违约金，又约定定金的，一方违约时，对方可以选择适用违约金或者定金条款。

第一百一十七条 因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但法律另有规定的除外。当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任。

本法所称不可抗力，是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。

第一百一十八条 当事人一方因不可抗力不能履行合同的，应当及时通知对方，以减轻可能给对方造成的损失，并应当在合理期限内提供证明。

第一百一十九条 当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大；没有采取适当措施致使损失扩大的，不得就扩大的损失要求赔偿。

当事人因防止损失扩大而支出的合理费用，由违约方承担。

第一百二十条 当事人双方都违反合同的，应当各自承担相应的责任。

第一百二十一条 当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当向对方承担违约责任。当事人一方和第三人之间的纠纷，依照法律规定或者按照约定解决。

第一百二十二条 因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受损害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照

其他法律要求其承担侵权责任。

……

第十二章　借款合同

第一百九十六条　借款合同是借款人向贷款人借款，到期返还借款并支付利息的合同。

第一百九十七条　借款合同采用书面形式，但自然人之间借款另有约定的除外。

借款合同的内容包括借款种类、币种、用途、数额、利率、期限和还款方式等条款。

第一百九十八条　订立借款合同，贷款人可以要求借款人提供担保。担保依照《中华人民共和国担保法》的规定。

第一百九十九条　订立借款合同，借款人应当按照贷款人的要求提供与借款有关的业务活动和财务状况的真实情况。

第二百条　借款的利息不得预先在本金中扣除。利息预先在本金中扣除的，应当按照实际借款数额返还借款并计算利息。

第二百零一条　贷款人未按照约定的日期、数额提供借款，造成借款人损失的，应当赔偿损失。

借款人未按照约定的日期、数额收取借款的，应当按照约定的日期、数额支付利息。

第二百零二条　贷款人按照约定可以检查、监督借款的使用情况。借款人应当按照约定向贷款人定期提供有关财务会计报表等资料。

第二百零三条　借款人未按照约定的借款用途使用借款的，贷款人可以停止发放借款、提前收回借款或者解除合同。

第二百零四条　办理贷款业务的金融机构贷款的利率，应当按照中国人民银行规定的贷款利率的上下限确定。

第二百零五条 借款人应当按照约定的期限支付利息。对支付利息的期限没有约定或者约定不明确，依照本法 第六十一条的规定仍不能确定，借款期间不满一年的，应当在返还借款时一并支付；借款期间一年以上的，应当在每届满一年时支付，剩余期间不满一年的，应当在返还借款时一并支付。

第二百零六条 借款人应当按照约定的期限返还借款。对借款期限没有约定或者约定不明确，依照本法 第六十一条的规定仍不能确定的，借款人可以随时返还；贷款人可以催告借款人在合理期限内返还。

第二百零七条 借款人未按照约定的期限返还借款的，应当按照约定或者国家有关规定支付逾期利息。

第二百零八条 借款人提前偿还借款的，除当事人另有约定的以外，应当按照实际借款的期间计算利息。

第二百零九条 借款人可以在还款期限届满之前向贷款人申请展期。贷款人同意的，可以展期。

第二百一十条 自然人之间的借款合同，自贷款人提供借款时生效。

第二百一十一条 自然人之间的借款合同对支付利息没有约定或者约定不明确的，视为不支付利息。自然人之间的借款合同约定支付利息的，借款的利率不得违反国家有关限制借款利率的规定。

第十三章 租赁合同

第二百一十二条 租赁合同是出租人将租赁物交付承租人使用、收益，承租人支付租金的合同。

第二百一十三条 租赁合同的内容包括租赁物的名称、数量、用途、租赁期限、租金及其支付期限和方式、租赁物维修等条款。

第二百一十四条 租赁期限不得超过二十年。超过二十年的，超

过部分无效。

租赁期间届满，当事人可以续订租赁合同，但约定的租赁期限自续订之日起不得超过二十年。

第二百一十五条 租赁期限六个月以上的，应当采用书面形式。当事人未采用书面形式的，视为不定期租赁。

第二百一十六条 出租人应当按照约定将租赁物交付承租人，并在租赁期间保持租赁物符合约定的用途。

第二百一十七条 承租人应当按照约定的方法使用租赁物。对租赁物的使用方法没有约定或者约定不明确，依照本法 第六十一条 的规定仍不能确定的，应当按照租赁物的性质使用。

第二百一十八条 承租人按照约定的方法或者租赁物的性质使用租赁物，致使租赁物受到损耗的，不承担损害赔偿责任。

第二百一十九条 承租人未按照约定的方法或者租赁物的性质使用租赁物，致使租赁物受到损失的，出租人可以解除合同并要求赔偿损失。

第二百二十条 出租人应当履行租赁物的维修义务，但当事人另有约定的除外。

第二百二十一条 承租人在租赁物需要维修时可以要求出租人在合理期限内维修。出租人未履行维修义务的，承租人可以自行维修，维修费用由出租人负担。因维修租赁物影响承租人使用的，应当相应减少租金或者延长租期。

第二百二十二条 承租人应当妥善保管租赁物，因保管不善造成租赁物毁损、灭失的，应当承担损害赔偿责任。

第二百二十三条 承租人经出租人同意，可以对租赁物进行改善或者增设他物。

承租人未经出租人同意，对租赁物进行改善或者增设他物的，出租人可以要求承租人恢复原状或者赔偿损失。

第二百二十四条 承租人经出租人同意，可以将租赁物转租给第三人。承租人转租的，承租人与出租人之间的租赁合同继续有效，第三人对租赁物造成损失的，承租人应当赔偿损失。

承租人未经出租人同意转租的，出租人可以解除合同。

第二百二十五条 在租赁期间因占有、使用租赁物获得的收益，归承租人所有，但当事人另有约定的除外。

第二百二十六条 承租人应当按照约定的期限支付租金。对支付期限没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定，租赁期间不满一年的，应当在租赁期间届满时支付；租赁期间一年以上的，应当在每届满一年时支付，剩余期间不满一年的，应当在租赁期间届满时支付。

第二百二十七条 承租人无正当理由未支付或者迟延支付租金的，出租人可以要求承租人在合理期限内支付。承租人逾期不支付的，出租人可以解除合同。

第二百二十八条 因第三人主张权利，致使承租人不能对租赁物使用、收益的，承租人可以要求减少租金或者不支付租金。

第三人主张权利的，承租人应当及时通知出租人。

第二百二十九条 租赁物在租赁期间发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力。

第二百三十条 出租人出卖租赁房屋的，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，承租人享有以同等条件优先购买的权利。

第二百三十一条 因不可归责于承租人的事由，致使租赁物部分或者全部毁损、灭失的，承租人可以要求减少租金或者不支付租金；因租赁物部分或者全部毁损、灭失，致使不能实现合同目的的，承租人可以解除合同。

第二百三十二条 当事人对租赁期限没有约定或者约定不明确，依照本法 第六十一条　的规定仍不能确定的，视为不定期租赁。当

事人可以随时解除合同，但出租人解除合同应当在合理期限之前通知承租人。

第二百三十三条 租赁物危及承租人的安全或者健康的，即使承租人订立合同时明知该租赁物质量不合格，承租人仍然可以随时解除合同。

第二百三十四条 承租人在房屋租赁期间死亡的，与其生前共同居住的人可以按照原租赁合同租赁该房屋。

第二百三十五条 租赁期间届满，承租人应当返还租赁物。返还的租赁物应当符合按照约定或者租赁物的性质使用后的状态。

第二百三十六条 租赁期间届满，承租人继续使用租赁物，出租人没有提出异议的，原租赁合同继续有效，但租赁期限为不定期。

第十四章　融资租赁合同

第二百三十七条 融资租赁合同是出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择，向出卖人购买租赁物，提供给承租人使用，承租人支付租金的合同。

第二百三十八条 融资租赁合同的内容包括租赁物名称、数量、规格、技术性能、检验方法、租赁期限、租金构成及其支付期限和方式、币种、租赁期间届满租赁物的归属等条款。

融资租赁合同应当采用书面形式。

第二百三十九条 出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择订立的买卖合同，出卖人应当按照约定向承租人交付标的物，承租人享有与受领标的物有关的买受人的权利。

第二百四十条 出租人、出卖人、承租人可以约定，出卖人不履行买卖合同义务的，由承租人行使索赔的权利。承租人行使索赔权利的，出租人应当协助。

第二百四十一条 出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择订

立的买卖合同，未经承租人同意，出租人不得变更与承租人有关的合同内容。

第二百四十二条 出租人享有租赁物的所有权。承租人破产的，租赁物不属于破产财产。

第二百四十三条 融资租赁合同的租金，除当事人另有约定的以外，应当根据购买租赁物的大部分或者全部成本以及出租人的合理利润确定。

第二百四十四条 租赁物不符合约定或者不符合使用目的的，出租人不承担责任，但承租人依赖出租人的技能确定租赁物或者出租人干预选择租赁物的除外。

第二百四十五条 出租人应当保证承租人对租赁物的占有和使用。

第二百四十六条 承租人占有租赁物期间，租赁物造成第三人的人身伤害或者财产损害的，出租人不承担责任。

第二百四十七条 承租人应当妥善保管、使用租赁物。

承租人应当履行占有租赁物期间的维修义务。

第二百四十八条 承租人应当按照约定支付租金。承租人经催告后在合理期限内仍不支付租金的，出租人可以要求支付全部租金；也可以解除合同，收回租赁物。

第二百四十九条 当事人约定租赁期间届满租赁物归承租人所有，承租人已经支付大部分租金，但无力支付剩余租金，出租人因此解除合同收回租赁物的，收回的租赁物的价值超过承租人欠付的租金以及其他费用的，承租人可以要求部分返还。

第二百五十条 出租人和承租人可以约定租赁期间届满租赁物的归属。对租赁物的归属没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，租赁物的所有权归出租人。

第十五章　承揽合同

第二百五十一条　承揽合同是承揽人按照定作人的要求完成工作，交付工作成果，定作人给付报酬的合同。

承揽包括加工、定作、修理、复制、测试、检验等工作。

第二百五十二条　承揽合同的内容包括承揽的标的、数量、质量、报酬、承揽方式、材料的提供、履行期限、验收标准和方法等条款。

第二百五十三条　承揽人应当以自己的设备、技术和劳力，完成主要工作，但当事人另有约定的除外。

承揽人将其承揽的主要工作交由第三人完成的，应当就该第三人完成的工作成果向定作人负责；未经定作人同意的，定作人也可以解除合同。

第二百五十四条　承揽人可以将其承揽的辅助工作交由第三人完成。承揽人将其承揽的辅助工作交由 第三人完成的，应当就该第三人完成的工作成果向定作人负责。

第二百五十五条　承揽人提供材料的，承揽人应当按照约定选用材料，并接受定作人检验。

第二百五十六条　定作人提供材料的，定作人应当按照约定提供材料。承揽人对定作人提供的材料，应当及时检验，发现不符合约定时，应当及时通知定作人更换、补齐或者采取其他补救措施。

承揽人不得擅自更换定作人提供的材料，不得更换不需要修理的零部件。

第二百五十七条　承揽人发现定作人提供的图纸或者技术要求不合理的，应当及时通知定作人。因定作人怠于答复等原因造成承揽人损失的，应当赔偿损失。

第二百五十八条　定作人中途变更承揽工作的要求，造成承揽人

损失的，应当赔偿损失。

第二百五十九条 承揽工作需要定作人协助的，定作人有协助的义务。定作人不履行协助义务致使承揽工作不能完成的，承揽人可以催告定作人在合理期限内履行义务，并可以顺延履行期限；定作人逾期不履行的，承揽人可以解除合同。

第二百六十条 承揽人在工作期间，应当接受定作人必要的监督检验。定作人不得因监督检验妨碍承揽人的正常工作。

第二百六十一条 承揽人完成工作的，应当向定作人交付工作成果，并提交必要的技术资料和有关质量证明。定作人应当验收该工作成果。

第二百六十二条 承揽人交付的工作成果不符合质量要求的，定作人可以要求承揽人承担修理、重作、减少报酬、赔偿损失等违约责任。

第二百六十三条 定作人应当按照约定的期限支付报酬。对支付报酬的期限没有约定或者约定不明确，依照本法 第六十一条的规定仍不能确定的，定作人应当在承揽人交付工作成果时支付；工作成果部分交付的，定作人应当相应支付。

第二百六十四条 定作人未向承揽人支付报酬或者材料费等价款的，承揽人对完成的工作成果享有留置权，但当事人另有约定的除外。

第二百六十五条 承揽人应当妥善保管定作人提供的材料以及完成的工作成果，因保管不善造成毁损、灭失的，应当承担损害赔偿责任。

第二百六十六条 承揽人应当按照定作人的要求保守秘密，未经定作人许可，不得留存复制品或者技术资料。

第二百六十七条 共同承揽人对定作人承担连带责任，但当事人另有约定的除外。

第二百六十八条 定作人可以随时解除承揽合同，造成承揽人损失的，应当赔偿损失。

第十六章 建设工程合同

第二百六十九条 建设工程合同是承包人进行工程建设，发包人支付价款的合同。

建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同。

第二百七十条 建设工程合同应当采用书面形式。

第二百七十一条 建设工程的招标投标活动，应当依照有关法律的规定公开、公平、公正进行。

第二百七十二条 发包人可以与总承包人订立建设工程合同，也可以分别与勘察人、设计人、施工人订立勘察、设计、施工承包合同。发包人不得将应当由一个承包人完成的建设工程肢解成若干部分发包给几个承包人。

总承包人或者勘察、设计、施工承包人经发包人同意，可以将自己承包的部分工作交由第三人完成。第三人就其完成的工作成果与总承包人或者勘察、设计、施工承包人向发包人承担连带责任。承包人不得将其承包的全部建设工程转包给第三人或者将其承包的全部建设工程肢解以后以分包的名义分别转包给第三人。

禁止承包人将工程分包给不具备相应资质条件的单位。禁止分包单位将其承包的工程再分包。建设工程主体结构的施工必须由承包人自行完成。

第二百七十三条 国家重大建设工程合同，应当按照国家规定的程序和国家批准的投资计划、可行性研究报告等文件订立。

第二百七十四条 勘察、设计合同的内容包括提交有关基础资料和文件（包括概预算）的期限、质量要求、费用以及其他协作条件等条款。

第二百七十五条 施工合同的内容包括工程范围、建设工期、中间交工工程的开工和竣工时间、工程质量、工程造价、技术资料交付时间、材料和设备供应责任、拨款和结算、竣工验收、质量保修范围和质量保证期、双方相互协作等条款。

第二百七十六条 建设工程实行监理的，发包人应当与监理人采用书面形式订立委托监理合同。发包人与监理人的权利和义务以及法律责任，应当依照本法委托合同以及其他有关法律、行政法规的规定。

第二百七十七条 发包人在不妨碍承包人正常作业的情况下，可以随时对作业进度、质量进行检查。

第二百七十八条 隐蔽工程在隐蔽以前，承包人应当通知发包人检查。发包人没有及时检查的，承包人可以顺延工程日期，并有权要求赔偿停工、窝工等损失。

第二百七十九条 建设工程竣工后，发包人应当根据施工图纸及说明书、国家颁发的施工验收规范和质量检验标准及时进行验收。验收合格的，发包人应当按照约定支付价款，并接收该建设工程。建设工程竣工经验收合格后，方可交付使用；未经验收或者验收不合格的，不得交付使用。

第二百八十条 勘察、设计的质量不符合要求或者未按照期限提交勘察、设计文件拖延工期，造成发包人损失的，勘察人、设计人应当继续完善勘察、设计，减收或者免收勘察、设计费并赔偿损失。

第二百八十一条 因施工人的原因致使建设工程质量不符合约定的，发包人有权要求施工人在合理期限内无偿修理或者返工、改建。经过修理或者返工、改建后，造成逾期交付的，施工人应当承担违约责任。

第二百八十二条 因承包人的原因致使建设工程在合理使用期限内造成人身和财产损害的，承包人应当承担损害赔偿责任。

第二百八十三条 发包人未按照约定的时间和要求提供原材料、设备、场地、资金、技术资料的，承包人可以顺延工程日期，并有权要求赔偿停工、窝工等损失。

第二百八十四条 因发包人的原因致使工程中途停建、缓建的，发包人应当采取措施弥补或者减少损失，赔偿承包人因此造成的停工、窝工、倒运、机械设备调迁、材料和构件积压等损失和实际费用。

第二百八十五条 因发包人变更计划，提供的资料不准确，或者未按照期限提供必需的勘察、设计工作条件而造成勘察、设计的返工、停工或者修改设计，发包人应当按照勘察人、设计人实际消耗的工作量增付费用。

第二百八十六条 发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以申请人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。

第二百八十七条 本章没有规定的，适用承揽合同的有关规定。

……

第十九章　保管合同

第三百六十五条 保管合同是保管人保管寄存人交付的保管物，并返还该物的合同。

第三百六十六条 寄存人应当按照约定向保管人支付保管费。

当事人对保管费没有约定或者约定不明确，依照本法 第六十一条的规定仍不能确定的，保管是无偿的。

第三百六十七条 保管合同自保管物交付时成立，但当事人另有约定的除外。

第三百六十八条 寄存人向保管人交付保管物的，保管人应当给付保管凭证，但另有交易习惯的除外。

第三百六十九条 保管人应当妥善保管保管物。

当事人可以约定保管场所或者方法。除紧急情况或者为了维护寄存人利益的以外，不得擅自改变保管场所或者方法。

第三百七十条 寄存人交付的保管物有瑕疵或者按照保管物的性质需要采取特殊保管措施的，寄存人应当将有关情况告知保管人。寄存人未告知，致使保管物受损失的，保管人不承担损害赔偿责任；保管人因此受损失的，除保管人知道或者应当知道并且未采取补救措施的以外，寄存人应当承担损害赔偿责任。

第三百七十一条 保管人不得将保管物转交第三人保管，但当事人另有约定的除外。

保管人违反前款规定，将保管物转交第三人保管，对保管物造成损失的，应当承担损害赔偿责任。

第三百七十二条 保管人不得使用或者许可第三人使用保管物，但当事人另有约定的除外。

第三百七十三条 第三人对保管物主张权利的，除依法对保管物采取保全或者执行的以外，保管人应当履行向寄存人返还保管物的义务。

第三人对保管人提起诉讼或者对保管物申请扣押的，保管人应当及时通知寄存人。

第三百七十四条 保管期间，因保管人保管不善造成保管物毁损、灭失的，保管人应当承担损害赔偿责任，但保管是无偿的，保管人证明自己没有重大过失的，不承担损害赔偿责任。

第三百七十五条 寄存人寄存货币、有价证券或者其他贵重物品的，应当向保管人声明，由保管人验收或者封存。寄存人未声明的，该物品毁损、灭失后，保管人可以按照一般物品予以赔偿。

第三百七十六条 寄存人可以随时领取保管物。

当事人对保管期间没有约定或者约定不明确的，保管人可以随时要求寄存人领取保管物；约定保管期间的，保管人无特别事由，不得要求寄存人提前领取保管物。

第三百七十七条 保管期间届满或者寄存人提前领取保管物的，保管人应当将原物及其孳息归还寄存人。

第三百七十八条 保管人保管货币的，可以返还相同种类、数量的货币。保管其他可替代物的，可以按照约定返还相同种类、品质、数量的物品。

第三百七十九条 有偿的保管合同，寄存人应当按照约定的期限向保管人支付保管费。

当事人对支付期限没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，应当在领取保管物的同时支付。

第三百八十条 寄存人未按照约定支付保管费以及其他费用的，保管人对保管物享有留置权，但当事人另有约定的除外。

第二十章 仓储合同

第三百八十一条 仓储合同是保管人储存存货人交付的仓储物，存货人支付仓储费的合同。

第三百八十二条 仓储合同自成立时生效。

第三百八十三条 储存易燃、易爆、有毒、有腐蚀性、有放射性等危险物品或者易变质物品，存货人应当说明该物品的性质，提供有关资料。

存货人违反前款规定的，保管人可以拒收仓储物，也可以采取相应措施以避免损失的发生，因此产生的费用由存货人承担。

保管人储存易燃、易爆、有毒、有腐蚀性、有放射性等危险物品的，应当具备相应的保管条件。

第三百八十四条 保管人应当按照约定对入库仓储物进行验收。保管人验收时发现入库仓储物与约定不符合的，应当及时通知存货人。保管人验收后，发生仓储物的品种、数量、质量不符合约定的，保管人应当承担损害赔偿责任。

第三百八十五条 存货人交付仓储物的，保管人应当给付仓单。

第三百八十六条 保管人应当在仓单上签字或者盖章。仓单包括下列事项：

（一）存货人的名称或者姓名和住所；

（二）仓储物的品种、数量、质量、包装、件数和标记；

（三）仓储物的损耗标准；

（四）储存场所；

（五）储存期间；

（六）仓储费；

（七）仓储物已经办理保险的，其保险金额、期间以及保险人的名称；

（八）填发人、填发地和填发日期。

第三百八十七条 仓单是提取仓储物的凭证。存货人或者仓单持有人在仓单上背书并经保管人签字或者盖章的，可以转让提取仓储物的权利。

第三百八十八条 保管人根据存货人或者仓单持有人的要求，应当同意其检查仓储物或者提取样品。

第三百八十九条 保管人对入库仓储物发现有变质或者其他损坏的，应当及时通知存货人或者仓单持有人。

第三百九十条 保管人对入库仓储物发现有变质或者其他损坏，危及其他仓储物的安全和正常保管的，应当催告存货人或者仓单持有人作出必要的处置。因情况紧急，保管人可以作出必要的处置，但事后应当将该情况及时通知存货人或者仓单持有人。

第三百九十一条 当事人对储存期间没有约定或者约定不明确的，存货人或者仓单持有人可以随时提取仓储物，保管人也可以随时要求存货人或者仓单持有人提取仓储物，但应当给予必要的准备时间。

第三百九十二条 储存期间届满，存货人或者仓单持有人应当凭仓单提取仓储物。存货人或者仓单持有人逾期提取的，应当加收仓储费；提前提取的，不减收仓储费。

第三百九十三条 储存期间届满，存货人或者仓单持有人不提取仓储物的，保管人可以催告其在合理期限内提取，逾期不提取的，保管人可以提存仓储物。

第三百九十四条 储存期间，因保管人保管不善造成仓储物毁损、灭失的，保管人应当承担损害赔偿责任。因仓储物的性质、包装不符合约定或者超过有效储存期造成仓储物变质、损坏的，保管人不承担损害赔偿责任。

第三百九十五条 本章没有规定的，适用保管合同的有关规定。

第二十一章　委托合同

第三百九十六条 委托合同是委托人和受托人约定，由受托人处理委托人事务的合同。

第三百九十七条 委托人可以特别委托受托人处理一项或者数项事务，也可以概括委托受托人处理一切事务。

第三百九十八条 委托人应当预付处理委托事务的费用。受托人为处理委托事务垫付的必要费用，委托人应当偿还该费用及其利息。

第三百九十九条 受托人应当按照委托人的指示处理委托事务。需要变更委托人指示的，应当经委托人同意；因情况紧急，难以和委托人取得联系的，受托人应当妥善处理委托事务，但事后应当将该情况及时报告委托人。

第四百条 受托人应当亲自处理委托事务。经委托人同意，受托人可以转委托。转委托经同意的，委托人可以就委托事务直接指示转委托的 第三人，受托人仅就 第三人的选任及其对 第三人的指示承担责任。转委托未经同意的，受托人应当对转委托的 第三人的行为承担责任，但在紧急情况下受托人为维护委托人的利益需要转委托的除外。

第四百零一条 受托人应当按照委托人的要求，报告委托事务的处理情况。委托合同终止时，受托人应当报告委托事务的结果。

第四百零二条 受托人以自己的名义，在委托人的授权范围内与第三人订立的合同，第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系的，该合同直接约束委托人和第三人，但有确切证据证明该合同只约束受托人和第三人的除外。

第四百零三条 受托人以自己的名义与第三人订立合同时，第三人不知道受托人与委托人之间的代理关系的，受托人因第三人的原因对委托人不履行义务，受托人应当向委托人披露第三人，委托人因此可以行使受托人对第三人的权利，但第三人与受托人订立合同时如果知道该委托人就不会订立合同的除外。

受托人因委托人的原因对第三人不履行义务，受托人应当向第三人披露委托人，第三人因此可以选择受托人或者委托人作为相对人主张其权利，但第三人不得变更选定的相对人。

委托人行使受托人对第三人的权利的，第三人可以向委托人主张其对受托人的抗辩。第三人选定委托人作为其相对人的，委托人可以向第三人主张其对受托人的抗辩以及受托人对第三人的抗辩。

第四百零四条 受托人处理委托事务取得的财产，应当转交给委托人。

第四百零五条 受托人完成委托事务的，委托人应当向其支付报酬。因不可归责于受托人的事由，委托合同解除或者委托事务不能完成的，委托人应当向受托人支付相应的报酬。当事人另有约定的，按

照其约定。

第四百零六条 有偿的委托合同，因受托人的过错给委托人造成损失的，委托人可以要求赔偿损失。无偿的委托合同，因受托人的故意或者重大过失给委托人造成损失的，委托人可以要求赔偿损失。

受托人超越权限给委托人造成损失的，应当赔偿损失。

第四百零七条 受托人处理委托事务时，因不可归责于自己的事由受到损失的，可以向委托人要求赔偿损失。

第四百零八条 委托人经受托人同意，可以在受托人之外委托第三人处理委托事务。因此给受托人造成损失的，受托人可以向委托人要求赔偿损失。

第四百零九条 两个以上的受托人共同处理委托事务的，对委托人承担连带责任。

第四百一十条 委托人或者受托人可以随时解除委托合同。因解除合同给对方造成损失的，除不可归责于该当事人的事由以外，应当赔偿损失。

第四百一十一条 委托人或者受托人死亡、丧失民事行为能力或者破产的，委托合同终止，但当事人另有约定或者根据委托事务的性质不宜终止的除外。

第四百一十二条 因委托人死亡、丧失民事行为能力或者破产，致使委托合同终止将损害委托人利益的，在委托人的继承人、法定代理人或者清算组织承受委托事务之前，受托人应当继续处理委托事务。

第四百一十三条 因受托人死亡、丧失民事行为能力或者破产，致使委托合同终止的，受托人的继承人、法定代理人或者清算组织应当及时通知委托人。因委托合同终止将损害委托人利益的，在委托人作出善后处理之前，受托人的继承人、法定代理人或者清算组织应当采取必要措施。

第二十二章　行纪合同

第四百一十四条　行纪合同是行纪人以自己的名义为委托人从事贸易活动，委托人支付报酬的合同。

第四百一十五条　行纪人处理委托事务支出的费用，由行纪人负担，但当事人另有约定的除外。

第四百一十六条　行纪人占有委托物的，应当妥善保管委托物。

第四百一十七条　委托物交付给行纪人时有瑕疵或者容易腐烂、变质的，经委托人同意，行纪人可以处分该物；和委托人不能及时取得联系的，行纪人可以合理处分。

第四百一十八条　行纪人低于委托人指定的价格卖出或者高于委托人指定的价格买入的，应当经委托人同意。未经委托人同意，行纪人补偿其差额的，该买卖对委托人发生效力。

行纪人高于委托人指定的价格卖出或者低于委托人指定的价格买入的，可以按照约定增加报酬。没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，该利益属于委托人。

委托人对价格有特别指示的，行纪人不得违背该指示卖出或者买入。

第四百一十九条　行纪人卖出或者买入具有市场定价的商品，除委托人有相反的意思表示的以外，行纪人自己可以作为买受人或者出卖人。

行纪人有前款规定情形的，仍然可以要求委托人支付报酬。

第四百二十条　行纪人按照约定买入委托物，委托人应当及时受领。经行纪人催告，委托人无正当理由拒绝受领的，行纪人依照本法第一百零一条的规定可以提存委托物。

委托物不能卖出或者委托人撤回出卖，经行纪人催告，委托人不取回或者不处分该物的，行纪人依照本法第一百零一条的规定可以提存委托物。

第四百二十一条　行纪人与第三人订立合同的，行纪人对该合同

直接享有权利、承担义务。

第三人不履行义务致使委托人受到损害的，行纪人应当承担损害赔偿责任，但行纪人与委托人另有约定的除外。

第四百二十二条 行纪人完成或者部分完成委托事务的，委托人应当向其支付相应的报酬。委托人逾期不支付报酬的，行纪人对委托物享有留置权，但当事人另有约定的除外。

第四百二十三条 本章没有规定的，适用委托合同的有关规定。

第二十三章 居间合同

第四百二十四条 居间合同是居间人向委托人报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务，委托人支付报酬的合同。

第四百二十五条 居间人应当就有关订立合同的事项向委托人如实报告。

居间人故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况，损害委托人利益的，不得要求支付报酬并应当承担损害赔偿责任。

第四百二十六条 居间人促成合同成立的，委托人应当按照约定支付报酬。对居间人的报酬没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，根据居间人的劳务合理确定。因居间人提供订立合同的媒介服务而促成合同成立的，由该合同的当事人平均负担居间人的报酬。

居间人促成合同成立的，居间活动的费用，由居间人负担。

第四百二十七条 居间人未促成合同成立的，不得要求支付报酬，但可以要求委托人支付从事居间活动支出的必要费用。

附 则

第四百二十八条 本法自1999年10月1日起施行，《中华人民共和国经济合同法》、《中华人民共和国涉外经济合同法》、《中华人民共和国技术合同法》同时废止。

中华人民共和国担保法

第一章　总则

第一条　为促进资金融通和商品流通，保障债权的实现，发展社会主义市场经济，制定本法。

第二条　在借贷、买卖、货物运输、加工承揽等经济活动中，债权人需要以担保方式保障其债权实现的，可以依照本法规定设定担保。

本法规定的担保方式为保证、抵押、质押、留置和定金。

第三条　担保活动应当遵循平等、自愿、公平、诚实信用的原则。

第四条　第三人为债务人向债权人提供担保时，可以要求债务人提供反担保。

反担保适用本法担保的规定。

第五条　担保合同是主合同的从合同，主合同无效，担保合同无效。担保合同另有约定的，按照约定。

担保合同被确认无效后，债务人、担保人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任。

第二章　保证

第一节　保证和保证人

第六条　本法所称保证，是指保证人和债权人约定，当债务人不履行债务时，保证人按照约定履行债务或者承担责任的行为。

第七条　具有代为清偿债务能力的法人、其他组织或者公民，可

以作保证人。

第八条 国家机关不得为保证人，但经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷的除外。

第九条 学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体不得为保证人。

第十条 企业法人的分支机构、职能部门不得为保证人。

企业法人的分支机构有法人书面授权的，可以在授权范围内提供保证。

第十一条 任何单位和个人不得强令银行等金融机构或者企业为他人提供保证；银行等金融机构或者企业对强令其为他人提供保证的行为，有权拒绝。

第十二条 同一债务有两个以上保证人的，保证人应当按照保证合同约定的保证份额，承担保证责任，没有约定保证份额的，保证人承担连带责任，债权人可以要求任何一个保证人承担全部保证责任，保证人都负有担保全部债权实现的义务。已经承担保证责任的保证人，有权向债务人追偿，或者要求承担连带责任的其他保证人清偿其应当承担的份额。

第二节 保证合同和保证方式

第十三条 保证人与债权人应当以书面形式订立保证合同。

第十四条 保证人与债权人可以就单个主合同分别订立保证合同，也可以协议在最高债权额限度内就一定期间连续发生的借款合同或者某项商品交易合同订立一个保证合同。

第十五条 保证合同应当包括以下内容：

（一）被保证的主债权种类、数额；

（二）债务人履行债务的期限；

（三）保证的方式；

（四）保证担保的范围；

（五）保证的期间；

（六）双方认为需要约定的其他事项。

保证合同不完全具备前款规定内容的，可以补正。

第十六条 保证的方式有：

（一）一般保证；

（二）连带责任保证。

第十七条 当事人在保证合同中约定，债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任的，为一般保证。

一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，对债权人可以拒绝承担保证责任。

有下列情形之一的，保证人不得行使前款规定的权利：

（一）债务人住所变更，致使债权人要求其履行债务发生重大困难的；

（二）人民法院受理债务人破产案件，中止执行程序的；

（三）保证人以书面形式放弃前款规定的权利的。

第十八条 当事人在保证合同中约定保证人与债务人对债务承担连带责任的，为连带责任保证。

连带责任保证的债务人在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务的，债权人可以要求债务人履行债务，也可以要求保证人在其保证范围内承担保证责任。

第十九条 当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照连带责任保证承担保证责任。

第二十条 一般保证和连带责任保证的保证人享有债务人的抗辩权。债务人放弃对债务的抗辩权的，保证人仍有权抗辩。

抗辩权是指债权人行使债权时，债务人根据法定事由，对抗债权人行使请求权的权利。

第三节 保证责任

第二十一条 保证担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。保证合同另有约定的，按照约定。

当事人对保证担保的范围没有约定或者约定不明确的，保证人应当对全部债务承担责任。

第二十二条 保证期间，债权人依法将主债权转让给第三人的，保证人在原保证担保的范围内继续承担保证责任。保证合同另有约定的，按照约定。

第二十三条 保证期间，债权人许可债务人转让债务的，应当取得保证人书面同意，保证人对未经其同意转让的债务，不再承担保证责任。

第二十四条 债权人与债务人协议变更主合同的，应当取得保证人书面同意，未经保证人书面同意的，保证人不再承担保证责任。保证合同另有约定的，按照约定。

第二十五条 一般保证的保证人与债权人未约定保证期间的，保证期间为主债务履行期届满之日起六个月。

在合同约定的保证期间和前款规定的保证期间，债权人未对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，保证人免除保证责任；债权人已提起诉讼或者申请仲裁的，保证期间适用诉讼时效中断的规定。

第二十六条 连带责任保证的保证人与债权人未约定保证期间的，债权人有权自主债务履行期届满之日起六个月内要求保证人承担保证责任。

在合同约定的保证期间和前款规定的保证期间，债权人未要求保证人承担保证责任的，保证人免除保证责任。

第二十七条 保证人依照本法第十四条规定就连续发生的债权作保证，未约定保证期间的，保证人可以随时书面通知债权人终止保证合同，但保证人对于通知到债权人前所发生的债权，承担保证责任。

第二十八条 同一债权既有保证又有物的担保的，保证人对物的担保以外的债权承担保证责任。

债权人放弃物的担保的，保证人在债权人放弃权利的范围内免除保证责任。

第二十九条 企业法人的分支机构未经法人书面授权或者超出授权范围与债权人订立保证合同的，该合同无效或者超出授权范围的部分无效，债权人和企业法人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任；债权人无过错的，由企业法人承担民事责任。

第三十条 有下列情形之一的，保证人不承担民事责任：

（一）主合同当事人双方串通，骗取保证人提供保证的；

（二）主合同债权人采取欺诈、胁迫等手段，使保证人在违背真实意思的情况下提供保证的。

第三十一条 保证人承担保证责任后，有权向债务人追偿。

第三十二条 人民法院受理债务人破产案件后，债权人未申报债权的，保证人可以参加破产财产分配，预先行使追偿权。

第三章 抵押

第一节 抵押和抵押物

第三十三条 本法所称抵押，是指债务人或者第三人不转移对本法第三十四条所列财产的占有，将该财产作为债权的担保。债务人不履行债务时，债权人有权依照本法规定以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。

前款规定的债务人或者第三人为抵押人，债权人为抵押权人，提供担保的财产为抵押物。

第三十四条 下列财产可以抵押：

（一）抵押人所有的房屋和其他地上定着物；

（二）抵押人所有的机器、交通运输工具和其他财产；

（三）抵押人依法有权处分的国有的土地使用权、房屋和其他地上定着物；

（四）抵押人依法有权处分的国有的机器、交通运输工具和其他财产；

（五）抵押人依法承包并经发包方同意抵押的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等荒地的土地使用权；

（六）依法可以抵押的其他财产。

抵押人可以将前款所列财产一并抵押。

第三十五条 抵押人所担保的债权不得超出其抵押物的价值。

财产抵押后，该财产的价值大于所担保债权的余额部分，可以再次抵押，但不得超出其余额部分。

第三十六条 以依法取得的国有土地上的房屋抵押的，该房屋占用范围内的国有土地使用权同时抵押。

以出让方式取得的国有土地使用权抵押的，应当将抵押时该国有土地上的房屋同时抵押。

乡（镇）、村企业的土地使用权不得单独抵押。以乡（镇）、村企业的厂房等建筑物抵押的，其占用范围内的土地使用权同时抵押。

第三十七条 下列财产不得抵押：

（一）土地所有权；

（二）耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权，但本法第三十四条第（五）项、第三十六条第三款规定的除外；

（三）学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施；

（四）所有权、使用权不明或者有争议的财产；

（五）依法被查封、扣押、监管的财产；

（六）依法不得抵押的其他财产。

第二节　抵押合同和抵押物登记

第三十八条　抵押人和抵押权人应当以书面形式订立抵押合同。

第三十九条　抵押合同应当包括以下内容：

（一）被担保的主债权种类、数额；

（二）债务人履行债务的期限；

（三）抵押物的名称、数量、质量、状况、所在地、所有权权属或者使用权权属；

（四）抵押担保的范围；

（五）当事人认为需要约定的其他事项。

抵押合同不完全具备前款规定内容的，可以补正。

第四十条　订立抵押合同时，抵押权人和抵押人在合同中不得约定在债务履行期届满抵押权人未受清偿时，抵押物的所有权转移为债权人所有。

第四十一条　当事人以本法第四十二条规定的财产抵押的，应当办理抵押物登记，抵押合同自登记之日起生效。

第四十二条　办理抵押物登记的部门如下：

（一）以无地上定着物的土地使用权抵押的，为核发土地使用权证书的土地管理部门；

（二）以城市房地产或者乡（镇）、村企业的厂房等建筑物抵押的，为县级以上地方人民政府规定的部门；

（三）以林木抵押的，为县级以上林木主管部门；

（四）以航空器、船舶、车辆抵押的，为运输工具的登记部门；

（五）以企业的设备和其他动产抵押的，为财产所在地的工商行政管理部门。

第四十三条　当事人以其他财产抵押的，可以自愿办理抵押物登记，抵押合同自签订之日起生效。

当事人未办理抵押物登记的，不得对抗第三人。当事人办理抵押物登记的，登记部门为抵押人所在地的公证部门。

第四十四条 办理抵押物登记，应当向登记部门提供下列文件或者其复印件：

（一）主合同和抵押合同；

（二）抵押物的所有权或者使用权证书。

第四十五条 登记部门登记的资料，应当允许查阅、抄录或者复印。

第三节 抵押的效力

第四十六条 抵押担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现抵押权的费用。抵押合同另有约定的，按照约定。

第四十七条 债务履行期届满，债务人不履行债务致使抵押物被人民法院依法扣押的，自扣押之日起抵押权人有权收取由抵押物分离的天然孳息以及抵押人就抵押物可以收取的法定孳息。抵押权人未将扣押抵押物的事实通知应当清偿法定孳息的义务人的，抵押权的效力不及于该孳息。

前款孳息应当先充抵收取孳息的费用。

第四十八条 抵押人将已出租的财产抵押的，应当书面告知承租人，原租赁合同继续有效。

第四十九条 抵押期间，抵押人转让已办理登记的抵押物的，应当通知抵押权人并告知受让人转让物已经抵押的情况；抵押人未通知抵押权人或者未告知受让人的，转让行为无效。

转让抵押物的价款明显低于其价值的，抵押权人可以要求抵押人提供相应的担保；抵押人不提供的，不得转让抵押物。

抵押人转让抵押物所得的价款，应当向抵押权人提前清偿所担保的债权或者向与抵押权人约定的第三人提存。超过债权数额的部分，归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。

第五十条 抵押权不得与债权分离而单独转让或者作为其他债权的担保。

第五十一条 抵押人的行为足以使抵押物价值减少的，抵押权人有权要求抵押人停止其行为。抵押物价值减少时，抵押权人有权要求抵押人恢复抵押物的价值，或者提供与减少的价值相当的担保。

抵押人对抵押物价值减少无过错的，抵押权人只能在抵押人因损害而得到的赔偿范围内要求提供担保。抵押物价值未减少的部分，仍作为债权的担保。

第五十二条 抵押权与其担保的债权同时存在，债权消灭的，抵押权也消灭。

第四节 抵押权的实现

第五十三条 债务履行期届满抵押权人未受清偿的，可以与抵押人协议以抵押物折价或者以拍卖、变卖该抵押物所得的价款受偿；协议不成的，抵押权人可以向人民法院提起诉讼。

抵押物折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。

第五十四条 同一财产向两个以上债权人抵押的，拍卖、变卖抵押物所得的价款按照以下规定清偿：

（一）抵押合同以登记生效的，按照抵押物登记的先后顺序清偿；顺序相同的，按照债权比例清偿；

（二）抵押合同自签订之日起生效的，该抵押物已登记的，按照本条第（一）项规定清偿；未登记的，按照合同生效时间的先后顺序清偿，顺序相同的，按照债权比例清偿。抵押物已登记的先于未登记的受偿。

第五十五条 城市房地产抵押合同签订后，土地上新增的房屋不属于抵押物。需要拍卖该抵押的房地产时，可以依法将该土地上新增的房屋与抵押物一同拍卖，但对拍卖新增房屋所得，抵押权人无权优

先受偿。

依照本法规定以承包的荒地的土地使用权抵押的，或者以乡（镇）、村企业的厂房等建筑物占用范围内的土地使用权抵押的，在实现抵押权后，未经法定程序不得改变土地集体所有和土地用途。

第五十六条 拍卖划拨的国有土地使用权所得的价款，在依法缴纳相当于应缴纳的土地使用权出让金的款额后，抵押权人有优先受偿权。

第五十七条 为债务人抵押担保的第三人，在抵押权人实现抵押权后，有权向债务人追偿。

第五十八条 抵押权因抵押物灭失而消灭。因灭失所得的赔偿金，应当作为抵押财产。

第五节 最高额抵押

第五十九条 本法所称最高额抵押，是指抵押人与抵押权人协议，在最高债权额限度内，以抵押物对一定期间内连续发生的债权作担保。

第六十条 借款合同可以附最高额抵押合同。

债权人与债务人就某项商品在一定期间内连续发生交易而签订的合同，可以附最高额抵押合同。

第六十一条 最高额抵押的主合同债权不得转让。

第六十二条 最高额抵押除适用本节规定外，适用本章其他规定。

第四章 质押

第一节 动产质押

第六十三条 本法所称动产质押，是指债务人或者第三人将其动产移交债权人占有，将该动产作为债权的担保。债务人不履行债务时，债权人有权依照本法规定以该动产折价或者以拍卖、变卖该动产

的价款优先受偿。

前款规定的债务人或者第三人为出质人，债权人为质权人，移交的动产为质物。

第六十四条 出质人和质权人应当以书面形式订立质押合同。

质押合同自质物移交于质权人占有时生效。

第六十五条 质押合同应当包括以下内容：

（一）被担保的主债权种类、数额；

（三）债务人履行债务的期限；

（三）质物的名称、数量、质量、状况；

（四）质押担保的范围；

（五）质物移交的时间；

（六）当事人认为需要约定的其他事项。

质押合同不完全具备前款规定内容的，可以补正。

第六十六条 出质人和质权人在合同中不得约定在债务履行期届满质权人未受清偿时，质物的所有权转移为质权人所有。

第六十七条 质押担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金、质物保管费用和实现质权的费用。质押合同另有约定的，按照约定。

第六十八条 质权人有权收取质物所生的孳息。质押合同另有约定的，按照约定。

前款孳息应当先充抵收取孳息的费用。

第六十九条 质权人负有妥善保管质物的义务。因保管不善致使质物灭失或者毁损的，质权人应当承担民事责任。

质权人不能妥善保管质物可能致使其灭失或者毁损的，出质人可以要求质权人将质物提存，或者要求提前清偿债权而返还质物。

第七十条 质物有损坏或者价值明显减少的可能，足以危害质权人权利的，质权人可以要求出质人提供相应的担保。出质人不提供

的，质权人可以拍卖或者变卖质物，并与出质人协议将拍卖或者变卖所得的价款用于提前清偿所担保的债权或者向与出质人约定的第三人提存。

第七十一条 债务履行期届满债务人履行债务的，或者出质人提前清偿所担保的债权的，质权人应当返还质物。

债务履行期届满质权人未受清偿的，可以与出质人协议以质物折价，也可以依法拍卖、变卖质物。

质物折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归出质人所有，不足部分由债务人清偿。

第七十二条 为债权人质押担保的第三人，在质权人实现质权后，有权向债务人追偿。

第七十三条 质权因质物灭失而消灭。因灭失所得的赔偿金，应当作为出质财产。

第七十四条 质权与其担保的债权同时存在，债权消灭的，质权也消灭。

第二节 权利质押

第七十五条 下列权利可以质押：

（一）汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单；

（二）依法可以转让的股份、股票；

（三）依法可以转让的商标专用权，专利权、著作权中的财产权；

（四）依法可以质押的其他权利。

第七十六条 以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的，应当在合同约定的期限内将权利凭证交付质权人。质押合同自权利凭证交付之日起生效。

第七十七条 以载明兑现或者提货日期的汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的，汇票、支票、本票、债券、存款

单、仓单、提单兑现或者提货日期先于债务履行期的，质权人可以在债务履行期届满前兑现或者提货，并与出质人协议将兑现的价款或者提取的货物用于提前清偿所担保的债权或者向与出质人约定的第三人提存。

第七十八条 以依法可以转让的股票出质的，出质人与质权人应当订立书面合同，并向证券登记机构办理出质登记。质押合同自登记之日起生效。

股票出质后，不得转让，但经出质人与质权人协商同意的可以转让。出质人转让股票所得的价款应当向质权人提前清偿所担保的债权或者向与质权人约定的第三人提存。

以有限责任公司的股份出质的，适用公司法股份转让的有关规定。质押合同自股份出质记载于股东名册之日起生效。

第七十九条 以依法可以转让的商标专用权，专利权、著作权中的财产权出质的，出质人与质权人应当订立书面合同；并向其管理部门办理出质登记。质押合同自登记之日起生效。

第八十条 本法第七十九条规定的权利出质后，出质人不得转让或者许可他人使用，但经出质人与质权人协商同意的可以转让或者许可他人使用。出质人所得的转让费、许可费应当向质权人提前清偿所担保的债权或者向与质权人约定的第三人提存。

第八十一条 权利质押除适用本节规定外，适用本章第一节的规定。

第五章　留置

第八十二条 本法所称留置，是指依照本法第八十四条的规定，债权人按照合同约定占有债务人的动产，债务人不按照合同约定的期限履行债务的，债权人有权依照本法规定留置该财产，以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。

第八十三条 留置担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金，留置物保管费用和实现留置权的费用。

第八十四条 因保管合同、运输合同、加工承揽合同发生的债权，债务人不履行债务的，债权人有留置权。

法律规定可以留置的其他合同，适用前款规定。

当事人可以在合同中约定不得留置的物。

第八十五条 留置的财产为可分物的，留置物的价值应当相当于债务的金额。

第八十六条 留置权人负有妥善保管留置物的义务。因保管不善致使留置物灭失或者毁损的，留置权人应当承担民事责任。

第八十七条 债权人与债务人应当在合同中约定，债权人留置财产后，债务人应当在不少于两个月的期限内履行债务。债权人与债务人在合同中未约定的，债权人留置债务人财产后，应当确定两个月以上的期限，通知债务人在该期限内履行债务。

债务人逾期仍不履行的，债权人可以与债务人协议以留置物折价，也可以依法拍卖、变卖留置物。

留置物折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归债务人所有，不足部分由债务人清偿。

第八十八条 留置权因下列原因消灭：

（一）债权消灭的；

（二）债务人另行提供担保并被债权人接受的。

第六章　定金

第八十九条 当事人可以约定一方向对方给付定金作为债权的担保。债务人履行债务后，定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行约定的债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定的债务的，应当双倍返还定金。

第九十条 定金应当以书面形式约定。当事人在定金合同中应当约定交付定金的期限，定金合同从实际交付定金之日起生效。

第九十一条 定金的数额由当事人约定，但不得超过主合同标的额的百分之二十。

第七章 附则

第九十二条 本法所称不动产是指土地以及房屋、林木等地上定着物。

本法所称动产是指不动产以外的物。

第九十三条 本法所称保证合同、抵押合同、质押合同、定金合同可以是单独订立的书面合同，包括当事人之间的具有担保性质的信函、传真等，也可以是主合同中的担保条款。

第九十四条 抵押物、质物、留置物折价或者变卖，应当参照市场价格。

第九十五条 海商法等法律对担保有特别规定的，依照其规定。

第九十六条 本法自1995年10月1日起施行。

最高人民法院关于适用《中华人民共和国担保法》若干问题的解释

为了正确适用《中华人民共和国担保法》（以下简称担保法），结合审判实践经验，对人民法院审理担保纠纷案件适用法律问题作出如下解释。

一、关于总则部分的解释

第一条 当事人对由民事关系产生的债权，在不违反法律、法规强制性规定的情况下，以担保法规定的方式设定担保的，可以认定为有效。

第二条 反担保人可以是债务人，也可以是债务人之外的其他人。

反担保方式可以是债务人提供的抵押或者质押，也可以是其他人提供的保证、抵押或者质押。

第三条 国家机关和以公益为目的的事业单位、社会团体违反法律规定提供担保的，担保合同无效。因此给债权人造成损失的，应当根据担保法第五条第二款的规定处理。

第四条 董事、经理违反《中华人民共和国公司法》第六十条的规定，以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保的，担保合同无效。除债权人知道或者应当知道的外，债务人、担保人应当对债权人的损失承担连带赔偿责任。

第五条 以法律、法规禁止流通的财产或者不可转让的财产设定担保的，担保合同无效。

以法律、法规限制流通的财产设定担保的，在实现债权时，人民法院应当按照有关法律、法规的规定对该财产进行处理。

第六条 有下列情形之一的，对外担保合同无效：

（一）未经国家有关主管部门批准或者登记对外担保的；

（二）未经国家有关主管部门批准或者登记，为境外机构向境内债权人提供担保的；

（三）为外商投资企业注册资本、外商投资企业中的外方投资部分的对外债务提供担保的；

（四）无权经营外汇担保业务的金融机构、无外汇收入的非金融性质的企业法人提供外汇担保的；

（五）主合同变更或者债权人将对外担保合同项下的权利转让，未经担保人同意和国家有关主管部门批准的，担保人不再承担担保责任。但法律、法规另有规定的除外。

第七条 主合同有效而担保合同无效，债权人无过错的，担保人与债务人对主合同债权人的经济损失，承担连带赔偿责任；债权人、担保人有过错的，担保人承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的二分之一。

第八条 主合同无效而导致担保合同无效，担保人无过错的，担保人不承担民事责任；担保人有过错的，担保人承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的三分之一。

第九条 担保人因无效担保合同向债权人承担赔偿责任后，可以向债务人追偿，或者在承担赔偿责任的范围内，要求有过错的反担保人承担赔偿责任。

担保人可以根据承担赔偿责任的事实对债务人或者反担保人另行提起诉讼。

第十条 主合同解除后，担保人对债务人应当承担的民事责任仍应承担担保责任。但是，担保合同另有约定的除外。

第十一条 法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的担保合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。

第十二条 当事人约定的或者登记部门要求登记的担保期间，对担保物权的存续不具有法律约束力。

担保物权所担保的债权的诉讼时效结束后，担保权人在诉讼时效结束后的二年内行使担保物权的，人民法院应当予以支持。

二、关于保证部分的解释

第十三条 保证合同中约定保证人代为履行非金钱债务的，如果保证人不能实际代为履行，对债权人因此造成的损失，保证人应当承担赔偿责任。

第十四条 不具有完全代偿能力的法人、其他组织或者自然人，以保证人身份订立保证合同后，又以自己没有代偿能力要求免除保证责任的，人民法院不予支持。

第十五条 担保法第七条规定的其他组织主要包括：

（一）依法登记领取营业执照的独资企业、合伙企业；

（二）依法登记领取营业执照的联营企业；

（三）依法登记领取营业执照的中外合作经营企业；

（四）经民政部门核准登记的社会团体；

（五）经核准登记领取营业执照的乡镇、街道、村办企业。

第十六条 从事经营活动的事业单位、社会团体为保证人的，如无其他导致保证合同无效的情况，其所签定的保证合同应当认定为有效。

第十七条 企业法人的分支机构未经法人书面授权提供保证的，保证合同无效。因此给债权人造成损失的，应当根据担保法第五条第二款的规定处理。

企业法人的分支机构经法人书面授权提供保证的，如果法人的书面授权范围不明，法人的分支机构应当对保证合同约定的全部债务承担保证责任。

企业法人的分支机构经营管理的财产不足以承担保证责任的，由企业法人承担民事责任。

企业法人的分支机构提供的保证无效后应当承担赔偿责任的，由分支机构经营管理的财产承担。企业法人有过错的，按照担保法第二十九条的规定处理。

第十八条 企业法人的职能部门提供保证的，保证合同无效。债权人知道或者应当知道保证人为企业法人的职能部门的，因此造成的损失由债权人自行承担。

债权人不知保证人为企业法人的职能部门，因此造成的损失，可以参照担保法第五条第二款的规定和第二十九条的规定处理。

第十九条 两个以上保证人对同一债务同时或者分别提供保证时，各保证人与债权人没有约定保证份额的，应当认定为连带共同保证。

连带共同保证的保证人以其相互之间约定各自承担的份额对抗债权人的，人民法院不予支持。

第二十条 连带共同保证的债务人在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务的，债权人可以要求债务人履行债务，也可以要求任何一个保证人承担全部保证责任。

连带共同保证的保证人承担保证责任后，向债务人不能追偿的部分，由各连带保证人按其内部约定的比例分担。没有约定的，平均分担。

第二十一条 按份共同保证的保证人按照保证合同约定的保证份额承担保证责任后，在其履行保证责任的范围内对债务人行使追偿权。

第二十二条 第三人单方以书面形式向债权人出具担保书，债权人接受且未提出异议的，保证合同成立。

主合同中虽然没有保证条款，但是，保证人在主合同上以保证人的身份签字或者盖章的，保证合同成立。

第二十三条 最高额保证合同的不特定债权确定后，保证人应当对在最高债权额限度内就一定期间连续发生的债权余额承担保证责任。

第二十四条 一般保证的保证人在主债权履行期间届满后，向债权人提供了债务人可供执行财产的真实情况的，债权人放弃或者怠于行使权利致使该财产不能被执行，保证人可以请求人民法院在其提供可供执行财产的实际价值范围内免除保证责任。

第二十五条 担保法第十七条第三款第（一）项规定的债权人要求债务人履行债务发生的重大困难情形，包括债务人下落不明、移居境外，且无财产可供执行。

第二十六条 第三人向债权人保证监督支付专款专用的，在履行了监督支付专款专用的义务后，不再承担责任。未尽监督义务造成资金流失的，应当对流失的资金承担补充赔偿责任。

第二十七条 保证人对债务人的注册资金提供保证的，债务人的实际投资与注册资金不符，或者抽逃转移注册资金的，保证人在注册资金不足或者抽逃转移注册资金的范围内承担连带保证责任。

第二十八条 保证期间，债权人依法将主债权转让给第三人的，保证债权同时转让，保证人在原保证担保的范围内对受让人承担保证责任。但是保证人与债权人事先约定仅对特定的债权人承担保证责任或者禁止债权转让的，保证人不再承担保证责任。

第二十九条 保证期间，债权人许可债务人转让部分债务未经保证人书面同意的，保证人对未经其同意转让部分的债务，不再承担保证责任。但是，保证人仍应当对未转让部分的债务承担保证责任。

第三十条 保证期间，债权人与债务人对主合同数量、价款、币种、利率等内容作了变动，未经保证人同意的，如果减轻债务人的债务的，保证人仍应当对变更后的合同承担保证责任；如果加重债务人的债务的，保证人对加重的部分不承担保证责任。

债权人与债务人对主合同履行期限作了变动，未经保证人书面同意的，保证期间为原合同约定的或者法律规定的期间。

债权人与债务人协议变动主合同内容，但并未实际履行的，保证人仍应当承担保证责任。

第三十一条 保证期间不因任何事由发生中断、中止、延长的法律后果。

第三十二条 保证合同约定的保证期间早于或者等于主债务履行期限的，视为没有约定，保证期间为主债务履行期届满之日起六个月。

保证合同约定保证人承担保证责任直至主债务本息还清时为止等类似内容的，视为约定不明，保证期间为主债务履行期届满之日起二年。

第三十三条 主合同对主债务履行期限没有约定或者约定不明的，保证期间自债权人要求债务人履行义务的宽限期届满之日起计算。

第三十四条 一般保证的债权人在保证期间届满前对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，从判决或者仲裁裁决生效之日起，开始计算保证合同的诉讼时效。

连带责任保证的债权人在保证期间届满前要求保证人承担保证责任的，从债权人要求保证人承担保证责任之日起，开始计算保证合同的诉讼时效。

第三十五条 保证人对已经超过诉讼时效期间的债务承担保证责任或者提供保证的，又以超过诉讼时效为由抗辩的，人民法院不予

支持。

第三十六条 一般保证中，主债务诉讼时效中断，保证债务诉讼时效中断；连带责任保证中，主债务诉讼时效中断，保证债务诉讼时效不中断。

一般保证和连带责任保证中，主债务诉讼时效中止的，保证债务的诉讼时效同时中止。

第三十七条 最高额保证合同对保证期间没有约定或者约定不明的，如最高额保证合同约定有保证人清偿债务期限的，保证期间为清偿期限届满之日起六个月。没有约定债务清偿期限的，保证期间自最高额保证终止之日或自债权人收到保证人终止保证合同的书面通知到达之日起六个月。

第三十八条 同一债权既有保证又有第三人提供物的担保的，债权人可以请求保证人或者物的担保人承担担保责任。当事人对保证担保的范围或者物的担保的范围没有约定或者约定不明的，承担了担保责任的担保人，可以向债务人追偿，也可以要求其他担保人清偿其应当分担的份额。

同一债权既有保证又有物的担保的，物的担保合同被确认无效或者被撤销，或者担保物因不可抗力的原因灭失而没有代位物的，保证人仍应当按合同的约定或者法律的规定承担保证责任。

债权人在主合同履行期届满后怠于行使担保物权，致使担保物的价值减少或者毁损、灭失的，视为债权人放弃部分或者全部物的担保。保证人在债权人放弃权利的范围内减轻或者免除保证责任。

第三十九条 主合同当事人双方协议以新贷偿还旧贷，除保证人知道或者应当知道的外，保证人不承担民事责任。

新贷与旧贷系同一保证人的，不适用前款的规定。

第四十条 主合同债务人采取欺诈、胁迫等手段，使保证人在违背真实意思的情况下提供保证的，债权人知道或者应当知道欺诈、胁

迫事实的，按照担保法第三十条的规定处理。

第四十一条 债务人与保证人共同欺骗债权人，订立主合同和保证合同的，债权人可以请求人民法院予以撤销。因此给债权人造成损失的，由保证人与债务人承担连带赔偿责任。

第四十二条 人民法院判决保证人承担保证责任或者赔偿责任的，应当在判决书主文中明确保证人享有担保法第三十一条规定的权利。判决书中未予明确追偿权的，保证人只能按照承担责任的事实，另行提起诉讼。

保证人对债务人行使追偿权的诉讼时效，自保证人向债权人承担责任之日起开始计算。

第四十三条 保证人自行履行保证责任时，其实际清偿额大于主债权范围的，保证人只能在主债权范围内对债务人行使追偿权。

第四十四条 保证期间，人民法院受理债务人破产案件的，债权人既可以向人民法院申报债权，也可以向保证人主张权利。

债权人申报债权后在破产程序中未受清偿的部分，保证人仍应当承担保证责任。债权人要求保证人承担保证责任的，应当在破产程序终结后六个月内提出。

第四十五条 债权人知道或者应当知道债务人破产，既未申报债权也未通知保证人，致使保证人不能预先行使追偿权的，保证人在该债权在破产程序中可能受偿的范围内免除保证责任。

第四十六条 人民法院受理债务人破产案件后，债权人未申报债权的，各连带共同保证的保证人应当作为一个主体申报债权，预先行使追偿权。

三、关于抵押部分的解释

第四十七条 以依法获准尚未建造的或者正在建造中的房屋或者其他建筑物抵押的，当事人办理了抵押物登记，人民法院可以认定抵

押有效。

第四十八条 以法定程序确认为违法、违章的建筑物抵押的，抵押无效。

第四十九条 以尚未办理权属证书的财产抵押的，在第一审法庭辩论终结前能够提供权利证书或者补办登记手续的，可以认定抵押有效。

当事人未办理抵押物登记手续的，不得对抗第三人。

第五十条 以担保法第三十四条第一款所列财产一并抵押的，抵押财产的范围应当以登记的财产为准。抵押财产的价值在抵押权实现时予以确定。

第五十一条 抵押人所担保的债权超出其抵押物价值的，超出的部分不具有优先受偿的效力。

第五十二条 当事人以农作物和与其尚未分离的土地使用权同时抵押的，土地使用权部分的抵押无效。

第五十三条 学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体，以其教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施以外的财产为自身债务设定抵押的，人民法院可以认定抵押有效。

第五十四条 按份共有人以其共有财产中享有的份额设定抵押的，抵押有效。

共同共有人以其共有财产设定抵押，未经其他共有人的同意，抵押无效。但是，其他共有人知道或者应当知道而未提出异议的视为同意，抵押有效。

第五十五条 已经设定抵押的财产被采取查封、扣押等财产保全或者执行措施的，不影响抵押权的效力。

第五十六条 抵押合同对被担保的主债权种类、抵押财产没有约定或者约定不明，根据主合同和抵押合同不能补正或者无法推定的，抵押不成立。

法律规定登记生效的抵押合同签订后，抵押人违背诚实信用原则拒绝办理抵押登记致使债权人受到损失的，抵押人应当承担赔偿责任。

第五十七条 当事人在抵押合同中约定，债务履行期届满抵押权人未受清偿时，抵押物的所有权转移为债权人所有的内容无效。该内容的无效不影响抵押合同其他部分内容的效力。

债务履行期届满后抵押权人未受清偿时，抵押权人和抵押人可以协议以抵押物折价取得抵押物。但是，损害顺序在后的担保物权人和其他债权人利益的，人民法院可以适用合同法第七十四条、第七十五条的有关规定。

第五十八条 当事人同一天在不同的法定登记部门办理抵押物登记的，视为顺序相同。

因登记部门的原因致使抵押物进行连续登记的，抵押物第一次登记的日期，视为抵押登记的日期，并依此确定抵押权的顺序。

第五十九条 当事人办理抵押物登记手续时，因登记部门的原因致使其无法办理抵押物登记，抵押人向债权人交付权利凭证的，可以认定债权人对该财产有优先受偿权。但是，未办理抵押物登记的，不得对抗第三人。

第六十条 以担保法第四十二条第（二）项规定的不动产抵押的，县级以上地方人民政府对登记部门未作规定，当事人在土地管理部门或者房产管理部门办理了抵押物登记手续，人民法院可以确认其登记的效力。

第六十一条 抵押物登记记载的内容与抵押合同约定的内容不一致的，以登记记载的内容为准。

第六十二条 抵押物因附合、混合或者加工使抵押物的所有权为第三人所有的，抵押权的效力及于补偿金；抵押物所有人为附合物、混合物或者加工物的所有人的，抵押权的效力及于附合物、混合物或

者加工物；第三人与抵押物所有人为附合物、混合物或者加工物的共有人的，抵押权的效力及于抵押人对共有物享有的份额。

第六十三条 抵押权设定前为抵押物的从物的，抵押权的效力及于抵押物的从物。但是，抵押物与其从物为两个以上的人分别所有时，抵押权的效力不及于抵押物的从物。

第六十四条 债务履行期届满，债务人不履行债务致使抵押物被人民法院依法扣押的，自扣押之日起抵押权人收取的由抵押物分离的天然孳息和法定孳息，按照下列顺序清偿：

（一）收取孳息的费用；

（二）主债权的利息；

（三）主债权。

第六十五条 抵押人将已出租的财产抵押的，抵押权实现后，租赁合同在有效期内对抵押物的受让人继续有效。

第六十六条 抵押人将已抵押的财产出租的，抵押权实现后，租赁合同对受让人不具有约束力。

抵押人将已抵押的财产出租时，如果抵押人未书面告知承租人该财产已抵押的，抵押人对出租抵押物造成承租人的损失承担赔偿责任；如果抵押人已书面告知承租人该财产已抵押的，抵押权实现造成承租人的损失，由承租人自己承担。

第六十七条 抵押权存续期间，抵押人转让抵押物未通知抵押权人或者未告知受让人的，如果抵押物已经登记的，抵押权人仍可以行使抵押权；取得抵押物所有权的受让人，可以代替债务人清偿其全部债务，使抵押权消灭。受让人清偿债务后可以向抵押人追偿。

如果抵押物未经登记的，抵押权不得对抗受让人，因此给抵押权人造成损失的，由抵押人承担赔偿责任。

第六十八条 抵押物依法被继承或者赠与的，抵押权不受影响。

第六十九条 债务人有多个普通债权人的，在清偿债务时，债务

人与其中一个债权人恶意串通，将其全部或者部分财产抵押给该债权人，因此丧失了履行其他债务的能力，损害了其他债权人的合法权益，受损害的其他债权人可以请求人民法院撤销该抵押行为。

第七十条 抵押人的行为足以使抵押物价值减少的，抵押权人请求抵押人恢复原状或提供担保遭到拒绝时，抵押权人可以请求债务人履行债务，也可以请求提前行使抵押权。

第七十一条 主债权未受全部清偿的，抵押权人可以就抵押物的全部行使其抵押权。

抵押物被分割或者部分转让的，抵押权人可以就分割或者转让后的抵押物行使抵押权。

第七十二条 主债权被分割或者部分转让的，各债权人可以就其享有的债权份额行使抵押权。

主债务被分割或者部分转让的，抵押人仍以其抵押物担保数个债务人履行债务。但是，第三人提供抵押的，债权人许可债务人转让债务未经抵押人书面同意的，抵押人对未经其同意转让的债务，不再承担担保责任。

第七十三条 抵押物折价或者拍卖、变卖该抵押物的价款低于抵押权设定时约定价值的，应当按照抵押物实现的价值进行清偿。不足清偿的剩余部分，由债务人清偿。

第七十四条 抵押物折价或者拍卖、变卖所得的价款，当事人没有约定的，按下列顺序清偿：

（一）实现抵押权的费用；

（二）主债权的利息；

（三）主债权。

第七十五条 同一债权有两个以上抵押人的，债权人放弃债务人提供的抵押担保的，其他抵押人可以请求人民法院减轻或者免除其应当承担的担保责任。

同一债权有两个以上抵押人的，当事人对其提供的抵押财产所担保的债权份额或者顺序没有约定或者约定不明的，抵押权人可以就其中任一或者各个财产行使抵押权。

抵押人承担担保责任后，可以向债务人追偿，也可以要求其他抵押人清偿其应当承担的份额。

第七十六条 同一动产向两个以上债权人抵押的，当事人未办理抵押物登记，实现抵押权时，各抵押权人按照债权比例受偿。

第七十七条 同一财产向两个以上债权人抵押的，顺序在先的抵押权与该财产的所有权归属一人时，该财产的所有权人可以以其抵押权对抗顺序在后的抵押权。

第七十八条 同一财产向两个以上债权人抵押的，顺序在后的抵押权所担保的债权先到期的，抵押权人只能就抵押物价值超出顺序在先的抵押担保债权的部分受偿。

顺序在先的抵押权所担保的债权先到期的，抵押权实现后的剩余价款应予提存，留待清偿顺序在后的抵押担保债权。

第七十九条 同一财产法定登记的抵押权与质权并存时，抵押权人优先于质权人受偿。

同一财产抵押权与留置权并存时，留置权人优先于抵押权人受偿。

第八十条 在抵押物灭失、毁损或者被征用的情况下，抵押权人可以就该抵押物的保险金、赔偿金或者补偿金优先受偿。

抵押物灭失、毁损或者被征用的情况下，抵押权所担保的债权未届清偿期的，抵押权人可以请求人民法院对保险金、赔偿金或补偿金等采取保全措施。

第八十一条 最高额抵押权所担保的债权范围，不包括抵押物因财产保全或者执行程序被查封后或债务人、抵押人破产后发生的债权。

第八十二条 当事人对最高额抵押合同的最高限额、最高额抵押期间进行变更，以其变更对抗顺序在后的抵押权人的，人民法院不予支持。

第八十三条 最高额抵押权所担保的不特定债权，在特定后，债权已届清偿期的，最高额抵押权人可以根据普通抵押权的规定行使其抵押权。

抵押权人实现最高额抵押权时，如果实际发生的债权余额高于最高限额的，以最高限额为限，超过部分不具有优先受偿的效力；如果实际发生的债权余额低于最高限额的，以实际发生的债权余额为限对抵押物优先受偿。

四、关于质押部分的解释

（一）动产质押

第八十四条 出质人以其不具有所有权但合法占有的动产出质的，不知出质人无处分权的质权人行使质权后，因此给动产所有人造成损失的，由出质人承担赔偿责任。

第八十五条 债务人或者第三人将其金钱以特户、封金、保证金等形式特定化后，移交债权人占有作为债权的担保，债务人不履行债务时，债权人可以以该金钱优先受偿。

第八十六条 债务人或者第三人未按质押合同约定的时间移交质物的，因此给质权人造成损失的，出质人应当根据其过错承担赔偿责任。

第八十七条 出质人代质权人占有质物的，质押合同不生效；质权人将质物返还于出质人后，以其质权对抗第三人的，人民法院不予支持。

因不可归责于质权人的事由而丧失对质物的占有，质权人可以向不当占有人请求停止侵害、恢复原状、返还质物。

第八十八条 出质人以间接占有的财产出质的，质押合同自书面通知送达占有人时视为移交。占有人收到出质通知后，仍接受出质人的指示处分出质财产的，该行为无效。

第八十九条 质押合同中对质押的财产约定不明，或者约定的出质财产与实际移交的财产不一致的，以实际交付占有的财产为准。

第九十条 质物有隐蔽瑕疵造成质权人其他财产损害的，应由出质人承担赔偿责任。但是，质权人在质物移交时明知质物有瑕疵而予以接受的除外。

第九十一条 动产质权的效力及于质物的从物。但是，从物未随同质物移交质权人占有的，质权的效力不及于从物。

第九十二条 按照担保法第六十九条的规定将质物提存的，质物提存费用由质权人负担；出质人提前清偿债权的，应当扣除未到期部分的利息。

第九十三条 质权人在质权存续期间，未经出质人同意，擅自使用、出租、处分质物，因此给出质人造成损失的，由质权人承担赔偿责任。

第九十四条 质权人在质权存续期间，为担保自己的债务，经出质人同意，以其所占有的质物为第三人设定质权的，应当在原质权所担保的债权范围之内，超过的部分不具有优先受偿的效力。转质权的效力优于原质权。

质权人在质权存续期间，未经出质人同意，为担保自己的债务，在其所占有的质物上为第三人设定质权的无效。质权人对因转质而发生的损害承担赔偿责任。

第九十五条 债务履行期届满质权人未受清偿的，质权人可以继续留置质物，并以质物的全部行使权利。出质人清偿所担保的债权后，质权人应当返还质物。

债务履行期届满，出质人请求质权人及时行使权利，而质权人怠

于行使权利致使质物价格下跌的，由此造成的损失，质权人应当承担赔偿责任。

第九十六条 本解释第五十七条、第六十二条、第六十四条、第七十一条、第七十二条、第七十三条、第七十四条、第八十条之规定，适用于动产质押。

（二）权利质押

第九十七条 以公路桥梁、公路隧道或者公路渡口等不动产收益权出质的，按照担保法第七十五条第（四）项的规定处理。

第九十八条 以汇票、支票、本票出质，出质人与质权人没有背书记载“质押”字样，以票据出质对抗善意第三人的，人民法院不予支持。

第九十九条 以公司债券出质的，出质人与质权人没有背书记载“质押”字样，以债券出质对抗公司和第三人的，人民法院不予支持。

第一百条 以存款单出质的，签发银行核押后又受理挂失并造成存款流失的，应当承担民事责任。

第一百零一条 以票据、债券、存款单、仓单、提单出质的，质权人再转让或者质押的无效。

第一百零二条 以载明兑现或者提货日期的汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的，其兑现或者提货日期后于债务履行期的，质权人只能在兑现或者提货日期届满时兑现款项或者提取货物。

第一百零三条 以股份有限公司的股份出质的，适用《中华人民共和国公司法》有关股份转让的规定。

以上市公司的股份出质的，质押合同自股份出质向证券登记机构办理出质登记之日起生效。

以非上市公司的股份出质的，质押合同自股份出质记载于股东名

册之日起生效。

第一百零四条 以依法可以转让的股份、股票出质的，质权的效力及于股份、股票的法定孳息。

第一百零五条 以依法可以转让的商标专用权，专利权、著作权中的财产权出质的，出质人未经质权人同意而转让或者许可他人使用已出质权利的，应当认定为无效。因此给质权人或者第三人造成损失的，由出质人承担民事责任。

第一百零六条 质权人向出质人、出质债权的债务人行使质权时，出质人、出质债权的债务人拒绝的，质权人可以起诉出质人和出质债权的债务人，也可以单独起诉出质债权的债务人。

五、关于留置部分的解释

第一百零七条 当事人在合同中约定排除留置权，债务履行期届满，债权人行使留置权的，人民法院不予支持。

第一百零八条 债权人合法占有债务人交付的动产时，不知债务人无处分该动产的权利，债权人可以按照担保法第八十二条的规定行使留置权。

第一百零九条 债权人的债权已届清偿期，债权人对动产的占有与其债权的发生有牵连关系，债权人可以留置其所占有的动产。

第一百一十条 留置权人在债权未受全部清偿前，留置物为不可分物的，留置权人可以就其留置物的全部行使留置权。

第一百一十一条 债权人行使留置权与其承担的义务或者合同的特殊约定相抵触的，人民法院不予支持。

第一百一十二条 债权人的债权未届清偿期，其交付占有标的物的义务已届履行期的，不能行使留置权。但是，债权人能够证明债务人无支付能力的除外。

第一百一十三条 债权人未按担保法第八十七条规定的期限通知

债务人履行义务，直接变价处分留置物的，应当对此造成的损失承担赔偿责任。债权人与债务人按照担保法第八十七条的规定在合同中约定宽限期的，债权人可以不经通知，直接行使留置权。

第一百一十四条 本解释第六十四条、第八十条、第八十七条、第九十一条、第九十三条的规定，适用于留置。

六、关于定金部分的解释

第一百一十五条 当事人约定以交付定金作为订立主合同担保的，给付定金的一方拒绝订立主合同的，无权要求返还定金；收受定金的一方拒绝订立合同的，应当双倍返还定金。

第一百一十六条 当事人约定以交付定金作为主合同成立或者生效要件的，给付定金的一方未支付定金，但主合同已经履行或者已经履行主要部分的，不影响主合同的成立或者生效。

第一百一十七条 定金交付后，交付定金的一方可以按照合同的约定以丧失定金为代价而解除主合同，收受定金的一方可以双倍返还定金为代价而解除主合同。对解除主合同后责任的处理，适用《中华人民共和国合同法》的规定。

第一百一十八条 当事人交付留置金、担保金、保证金、订约金、押金或者订金等，但没有约定定金性质的，当事人主张定金权利的，人民法院不予支持。

第一百一十九条 实际交付的定金数额多于或者少于约定数额，视为变更定金合同；收受定金一方提出异议并拒绝接受定金的，定金合同不生效。

第一百二十条 因当事人一方迟延履行或者其他违约行为，致使合同目的不能实现，可以适用定金罚则。但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

当事人一方不完全履行合同的，应当按照未履行部分所占合同约定内容的比例，适用定金罚则。

第一百二十一条 当事人约定的定金数额超过主合同标的额百分之二十的，超过的部分，人民法院不予支持。

第一百二十二条 因不可抗力、意外事件致使主合同不能履行的，不适用定金罚则。因合同关系以外第三人的过错，致使主合同不能履行的，适用定金罚则。受定金处罚的一方当事人，可以依法向第三人追偿。

七、关于其他问题的解释

第一百二十三条 同一债权上数个担保物权并存时，债权人放弃债务人提供的物的担保的，其他担保人在其放弃权利的范围内减轻或者免除担保责任。

第一百二十四条 企业法人的分支机构为他人提供保证的，人民法院在审理保证纠纷案件中可以将该企业法人作为共同被告参加诉讼。但是商业银行、保险公司的分支机构提供保证的除外。

第一百二十五条 一般保证的债权人向债务人和保证人一并提起诉讼的，人民法院可以将债务人和保证人列为共同被告参加诉讼。但是，应当在判决书中明确在对债务人财产依法强制执行后仍不能履行债务时，由保证人承担保证责任。

第一百二十六条 连带责任保证的债权人可以将债务人或者保证人作为被告提起诉讼，也可以将债务人和保证人作为共同被告提起诉讼。

第一百二十七条 债务人对债权人提起诉讼，债权人提起反诉的，保证人可以作为第三人参加诉讼。

第一百二十八条 债权人向人民法院请求行使担保物权时，债务人和担保人应当作为共同被告参加诉讼。

同一债权既有保证又有物的担保的，当事人发生纠纷提起诉讼的，债务人与保证人、抵押人或者出质人可以作为共同被告参加

诉讼。

第一百二十九条 主合同和担保合同发生纠纷提起诉讼的，应当根据主合同确定案件管辖。担保人承担连带责任的担保合同发生纠纷，债权人向担保人主张权利的，应当由担保人住所地的法院管辖。

主合同和担保合同选择管辖的法院不一致的，应当根据主合同确定案件管辖。

第一百三十条 在主合同纠纷案件中，对担保合同未经审判，人民法院不应当依据对主合同当事人所作出的判决或者裁定，直接执行担保人的财产。

第一百三十一条 本解释所称“不能清偿”指对债务人的存款、现金、有价证券、成品、半成品、原材料、交通工具等可以执行的动产和其他方便执行的财产执行完毕后，债务仍未能得到清偿的状态。

第一百三十二条 在案件审理或者执行程序中，当事人提供财产担保的，人民法院应当对该财产的权属证书予以扣押，同时向有关部门发出协助执行通知书，要求其在规定的时间内不予办理担保财产的转移手续。

第一百三十三条 担保法施行以前发生的担保行为，适用担保行为发生时的法律法规和有关司法解释。

担保法施行以后因担保行为发生的纠纷案件，在本解释公布施行前已经终审，当事人申请再审或者按审判监督程序决定再审的，不适用本解释。

担保法施行以后因担保行为发生的纠纷案件，在本解释公布施行后尚在一审或二审阶段的，适用担保法和本解释。

第一百三十四条 最高人民法院在担保法施行以前作出的有关担保问题的司法解释，与担保法和本解释相抵触的，不再适用。

关于人民法院审理借贷案件的若干意见

人民法院审理借贷案件，应按照自愿、互利、公平、合法的原则，保护债权人和债务人的合法权益，限制高利率。根据审判实践经验，现提出以下意见，供审理此类案件时参照执行。

一、公民之间的借贷纠纷，公民与法人之间的借贷纠纷以及公民与其他组织之间的借贷纠纷，应作为借贷案件受理。

二、因借贷外币、台币和国库券等有价证券发生纠纷诉讼到法院的，应按借贷案件受理。

三、对于借贷关系明确，债权人申请支付令的，人民法院应按照民事诉讼法关于督促程序的有关规定审查受理。

四、人民法院审查借贷案件的起诉时，根据民事诉讼法第一百零八条的规定，应要求原告提供书面借据；无书面借据的，应提供必要的事实根据，对于不具备上述条件的起诉，裁定不予受理。

五、债权人起诉时，债务人下落不明的，由债务人原住所地或其财产所在地法院管辖。法院应要求债权人提供证明借贷关系存在的证据，受理后公告传唤债务人应诉，公告期限届满，债务人仍不应诉，借贷关系明确的，经审理后可缺席判决；借贷关系无法查明的，裁定中止诉讼。

在审理中债务人出走，下落不明，借贷关系明确的，可以缺席判决；事实难以查清的，裁定中止诉讼。

六、民间借贷的利率可以适当高于银行的利率，各地人民法院可根据本地区的实际情况具体掌握，但最高不得超过银行同类贷款利率的四倍（包含利率本数）。超出此限度的，超出部分的利息不予

保护。

七、出借人不得将利息计入本金谋取高利。审理中发现债权人将利息计入本金计算复利的，其利率超出第六条规定的限度时，超出部分的利息不予保护。

八、借贷双方对有无约定利率发生争议，又不能证明的，可参照银行同类贷款利率计息。

借贷双方对约定的利率发生争议，又不能证明的，可参照本意见第6条规定计息。

九、公民之间的定期无息借贷，出借人要求借款人偿付逾期利息，或者不定期无息借贷经催告不还，出借人要求偿付催告后利息的，可参照银行同类贷款的利率计息。

十、一方以欺诈、胁迫等手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下所形成的借贷关系，应认定为无效。借贷关系无效由债权人的行为引起的，只返还本金；借贷关系无效由债务人的行为引起的，除返还本金外，还应参照银行同类贷款利率给付利息。

十一、出借人明知借款人是为了进行非法活动而借款的，其借贷关系不予保护。对双方的违法借贷行为，可按照民法通则第一百三十四条第三款及《关于贯彻执行（中华人民共和国民法通则）若干问题的意见（试行）》（以下简称《意见》（试行））第163条、164条的规定予以制裁。

十二、公民之间因借贷外币、台币发生纠纷，出借人要求以同类货币偿还的，可以准许。借款人确无同类货币的，可参照偿还时当地外汇调剂价折合人民币偿还。出借人要求偿付利息的，可参照偿还时中国银行外币储蓄利率计息。

借贷外汇券发生的纠纷，参照以上原则处理。

十三、在借贷关系中，仅起联系、介绍作用的人，不承担保证责任。对债务的履行确有保证意思表示的，应认定为保证人，承担保证

责任。

十四、行为人以借款人的名义出具借据代其借款，借款人不承认，行为人又不能证明的，由行为人承担民事责任。

十五、合伙经营期间，个人以合伙组织的名义借款，用于合伙经营的，由合伙人共同偿还；借款人不能证明借款用于合伙经营的，由借款人偿还。

十六、有保证人的借贷债务到期后，债务人有清偿能力的，由债务人承担责任；债务人无能力清偿、无法清偿或者债务人下落不明的，由保证人承担连带责任。

借期届满，债务人未偿还欠款，借、贷双方未征求保证人同意而重新对偿还期限或利率达成协议的，保证人不再承担保证责任。

无保证人的借贷纠纷，债务人申请追加新的保证人参加诉讼，法院不应准许。

对保证责任有争议的，按照《意见》（试行）第108条、109条、110条的规定处理。

十七、审理借贷案件时，对于因借贷关系产生的正当的抵押关系应予保护。如发生纠纷，分别按照民法通则第八十九条第二项以及《意见》（试行）第112条、113条、114条、115条、116条的规定处理。

十八、对债务人有可能转移、变卖、隐匿与案件有关的财产的，法院可根据当事人申请或依职权采取查封、扣押、冻结、责令提供担保等财产保全措施。被保全的财物为生产资料的，应责令申请人提供担保。财产保全应根据被保全财产的性质采用妥善的方式，尽可能减少对生产、生活的影响，避免造成财产损失。

十九、对债务人一次偿付有困难的借贷案件，法院可以判决或调解分期偿付。根据当事人的给付能力，确定每次给付的数额。

二十、执行程序中，双方当事人协商以债务人劳务或其他方式清

偿债务，不违反法律规定，不损害社会利益和他人利益的，应予准许，并将执行和解协议记录在案。

二十一、被执行人无钱还债，要求以其他财物抵偿债务，申请执行人同意的，应予准许。双方可以协议作价或请有关部门合理作价，按判决数额将相应部分财物交付申请执行人。

被执行人无钱还债，要求以债券、股票等有价证券抵偿债务，申请执行人同意的，应予准许；要求以其他债权抵偿债务的，须经申请执行人同意并通知被执行人的债务人，办理相应的债权转移手续。

二十二、被执行人有可能转移、变卖、隐匿被执行财产的，应及时采取执行措施。被执行人抗拒执行构成妨害民事诉讼的，按照民事诉讼法第一百零二条、第二百二十七条的规定处理。

后　记

《大律师教你打官司》丛书经过长达两年时间的策划、编写、修改完善，终于要与广大读者见面了。这是几十位编写、策划和审定人员特别感到欣慰的事情。

这套丛书以在第一线从事司法实务和理论研究工作的律师同志为主体，吸收了法官、法学教师等参与编写。本书由戴玉龙、陈国强策划，李立勇、史文建主编，何菲菲、李立勇、李建芳、郭伟、赵县委、孙兰英、何伟强、阚宗兰、戴玉松、胡萍、郑伟、孙夫才、陈谦、许桂英等同志参与了本书的编写工作。材料来源主要是司法实践中出现的典型、疑难案例。经过编写人员的深入研究和加工完善，既能作为普通读者学习掌握法律知识的通俗读本，也可以为司法实务提供参考的借鉴。

感谢戴玉龙编辑对本书的深度加工及提出的宝贵意见，使本书能够顺利出版。书中仍然存在的不尽完善之处，敬请广大读者批评指正。

编者

2012 年 12 月于北京

[General Information 本信息由OnlyDown 1.6秋意版生成]
书名=大律师教你打官司　1　借贷·担保纠纷案例
作者=戴玉龙，陈国强策划；何菲菲编著
页码=417
ISBN=
SS号=13185551
dxNumber=000011703388
出版时间=2013.01
出版社=中国经济出版社
定价：
试读地址=http://book.szdnet.org.cn/views/specific/2929/bookDetail.jsp?dxNumber=000011703388&d=11735211126ED91AA65B0AB79BCA4EE2&fenlei=04100315#ctop
全文地址=53a0f4e554f63a46fb0b1a78d451da62/img15/50915661A2C29E08716861E76DA632B9CEB61E0D3BE6BBF3C3FEFBC0E62DB156B1FCE2238646440CB3AB2E01D38D978921E76987F9C5A6FE88451C9A27FB39651C587685300E72619764E59D821A5D529DF1CF2AC2E95C7CFB0E24B04A59B17A693603F54C00E2EC451C9E434C4CD4837810/n35/qw/